

# 獨逸聯邦憲法裁判所の 地位와 權限

金 哲 洙\*

## I. 聯邦憲法裁判所の 地位

### 1. 序 說

西獨의 聯邦憲法裁判所는 聯邦基本法에 의하여 創設된 機關으로서<sup>(1)</sup> 그 法的 地位에 對해서는 많은 論難이 行해지고 있다. 西獨의 聯邦憲法裁判所는 오스트리아의 憲法裁判所의 先例를 어느 정도 따르기는 하였으나 獨逸에서는 새로운 試圖였고, 運營面에서 成功을 거두어 다른 나라에 많은 影響을 끼쳤다. 이탈리아의 憲法裁判所, 터키의 憲法裁判所, 1960年 憲法의 韓國憲法裁判所등이 西獨의 聯邦憲法裁判所를 모방한 것이었다.

그러나 이 聯邦憲法裁判所의 法的 地位<sup>(2)</sup>에 관해서는 基本法의 明文規定이 없기 때문에 많은 論爭이 있었다. 특히 ① 司法機關이나 政治的 機關이나 ② 代表機關이나 아니냐 ③ 憲法保障機關이나 權利救濟機關이나 ④ 最高機關이나 아니냐 등에 관해서 意見이 一致되지 않았다. 西獨聯邦憲法裁判所는 創設後 自身들의 法的 地位를 위한 關爭을 시작하여 이제 最高機關으로서 獨立인 憲法機關으로서의 地位를 保障받게 되었다.<sup>(3)</sup> 이하에서는 西獨聯邦憲法裁判所의 法的 地位에 관한 論爭을 整理해 보기로 한다.

### 2. 憲法機關性

#### (1) 憲法機關性與否에 관한 論議

\* 서울大學校 法科大學 教授

(1) 聯邦憲法裁判所에 관해서는 數 많은 論文이 있으나 여기서는 金哲洙, 現代憲法論, p. 850 註 31 에 기재되어 있는 것을 참조해 주기 바란다. 특히 Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 2 Bde., 1977; Friesenhahn, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1963; Marcic, Verfassung und Verfassungsgericht, 1963; 裴俊相, 西獨의 憲法裁判과 그 機能, 韓泰淵博士 回甲記念論文集, pp. 423~446; 朴容相, 西獨聯邦憲法裁判所, 지스디스 14권 1호.

(2) 상세한 것은 Leibholz, Bericht des Berichtstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur „Status“ Frage, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, N.F. 6 (1957), SS. 120~137; Thoma, Rechtsgutachten betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, JöR, N.F. 6 (1957), SS. 161~194; Laufer, Typus und Status des Bundesverfassungsgerichts, in 「Die moderne Demokratie und ihr Recht」, Bd. II, SS. 427~464; Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, 1968; Dolzer, Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts, 1972; Hüberle (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, Maunz in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz Kommentar; Leibholz, Der Status des Bundesverfassungsgerichts, in 「Bundesverfassungsgericht」, SS. 61-86.

(3) 상세한 것은 Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß 참조.

聯邦憲法裁判所는 그 地位에 관한 報告書<sup>(4)</sup>에서 「最高의 權威를 가진 憲法機關(ein mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan)」이라고 하고 있다. 이 때 憲法機關이란 무슨 뜻인가가 문제된다.

「機關」論은 Otto von Gierke와 Hugo Preuß 등의 國家有機體論에서 비롯되었다. 이 理論에 의하면 國家는 法人의 意思를 成立케 하고 表現하는 機關에 의해서만 外部的으로 나타난다고 하였다. 이 理論은 非有機體說의 代表者인 Jellinek에 의해서 말전되었다. Jellinek는 直接的 國家機關과 間接的 國家機關, 創設機關, 一次機關과 二次機關, 單獨機關과 複合機關, 獨立機關과 非獨立機關 등으로 나누고 있다.<sup>(5)</sup> Jellinek는 이들 機關 外에 最高機關이 있다고 하고 이 最高機關은 國家를 活動化하고 維持하며 最高의 決定權을 가진다고 하고 있다.<sup>(6)</sup>

Jellinek를 비롯하여 Weimar 憲法學者들은 憲法機關이라는 말을 使用하고 있지 않았는데 聯邦憲法裁判所가 스스로를 憲法機關으로 단정하고 있는 것은 무슨 뜻인가가 논란된다. 여기서 憲法機關이라고 하는 것은 憲法에 의하여 直接的으로 創設된 機關이라고 하는 뜻이라고 보는 것이 一般的인 見解이다.<sup>(7) (8)</sup>

## (2) 憲法機關으로서의 地位

憲法機關을 憲法에 의하여 直接的으로 創設된 國家機關이라고 보는 경우 聯邦憲法裁判所가 憲法機關임을 否認할 수는 없을 것이다.<sup>(9)</sup> 憲法機關은 그 成立과 存立과 適憲法的 活動이 行해짐으로써 비로소 國家가 構成되고 그 統一性을 期할 수 있는 特別한 權威를 가진 機關이라고 한다.<sup>(10)</sup> 憲法機關으로서의 機關의 資格은 全體憲法領域에서 이 機關이 차지하는 地位에 의해서 決定되는 것이고<sup>(11)</sup> 具體的으로 遂行하는 活動에 의해서 決定되는 것은 아니다.

聯邦憲法裁判所는 이 地位에서 다른 憲法機關에 대해서 自律的이며 獨立的이다(聯邦憲法裁判所法 第1條 참조). 憲法上的 權限關係에 있어서도 憲法機關은 相互間 優位關係에 있거나 從屬關係에 있는 것이 아니고 非列關係(Koordination)에 있다. 그리하여 Herrenchiemsee 草案에서도 聯邦憲法裁判所の 다른 憲法機關에 대한 同權이 強調되었다.<sup>(12)</sup> 聯邦憲法裁判

(4) Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts, AöR, Bd. 6, S. 145.

(5) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, SS. 544ff.

(6) 國家機關에 관해서는 金哲洙, 憲法學概論, pp. 362-369 참조.

(7) Thoma는 憲法直接的機關=直接的憲法機關=憲法機關이라고 본다 하고 있다. AöR, Bd. 6, S. 166. Leibholz는 憲法機關이란 Jellinek의 用語로서는 直接的國家機關이라고 하고 있다.

(8) 상세한 것은 BVerfGE 8, 104 (114f.).

(9) 通說이다. Leibholz, Friesenhahn, Maunz, Wintrich 등이 憲法機關性을 강조하고 있다. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl., S. 264.

(10) Leibholz, Der Status des Bundesverfassungsgerichts, in 「Bundesverfassungsgericht」, 1963, S. 74.

(11) 憲法機關性의 徵表에 관해서는 Laufer, Verfassungsgericht und politischer Prozeß와 Laufer, Typus und Status des Bundesverfassungsgericht, S. 450ff. 참조.

(12) Laforet 議員도 「聯邦憲法裁判所는 基本法에 의하여 創設된 憲法機關인 聯邦議會, 聯邦參議院, 聯邦大統領, 聯邦政府와 같은 同位의 憲法機關이라」고 強調했다.

所는 獨自의인 地位를 가지며 이는 聯邦議會나 聯邦參議院이나 聯邦大統領, 聯邦政府의 重要性에 걸코 뒤지지 않는다.

### 3. 最高機關性

#### (1) 最高機關性與否에 관한 論議

聯邦憲法裁判所는 憲法機關으로서 最高의 權威를 가진 最高機關이라는 說이 있다.<sup>(13)</sup> 그 理由는 聯邦憲法裁判所가 法律의 無效를 宣言할 수 있고 聯邦憲法裁判所의 決定은 모든 憲法機關을 拘束하며(聯邦憲法裁判所法 第31條 1項) 또 聯邦政府의 政黨提訴에 대하여 이를 審査 決定할 수 있으며 彈劾決定할 수 있기 때문이라고 한다. 바꿔 말하면 聯邦憲法裁判所는 違憲法律審査權과 效力停止假處分을 通해서 立法府에 優越할 수 있고, 憲法解釋을 通하여 行政府에 優越할 수 있다는 것이다.<sup>(14)</sup> 그리하여 最高의 憲法機關이라고 하고 있다.<sup>(15)</sup>

聯邦憲法裁判所가 이와 같이 立法과 政治에 關여한다고 하여 憲法裁判權의 優位를 危險視하고 反對하는 傾向이 있었다. 이들은 聯邦憲法裁判所를 政治의 秩序에의 妨害要素로 보고 있다.<sup>(16)</sup> 그리하여 Forsthoff는 政治國家에서 司法國家(Justizstaat)의 傾向이라고 批判하고,<sup>(17)</sup> Loewenstein은 政治의 司法化라고 批判하고 있다.<sup>(18)</sup>

그러나 聯邦憲法裁判所는 唯一最高의 憲法機關은 아니며 最高國家機關(Oberste Staatsorgane)의 하나라고 보아야 할 것이다.<sup>(19)</sup> 오늘날의 權力分立國家에 있어서는 最高機關으로서는 主權機關인 國民이 있을 뿐이며 다른 機關은 相互獨立하고 同位에 있는 憲法機關이 있을 뿐이기 때문이다.<sup>(20)</sup>

#### (2) 最高機關으로서의 地位

聯邦憲法裁判所는 오늘날 西獨의 最高國家機關 中의 하나로 인정되고 있다.<sup>(21)</sup> 聯邦憲法裁判所는 上記한 權限을 가지고 있으나 그 構成은 國民에 의하여 直接 選舉되는 것이 아니고 聯邦議會와 聯邦參議院에 의하여 選出된 裁判官들로 구성된다. 또 裁判所의 權限은 牽

(13) Laufer는 獨逸聯邦共和國의 統治體制에 있어서의 聯邦憲法裁判所의 優越의地位(Vorrangstellung)를 강조하고 있다. Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, 1968, SS. 13ff.

(14) 聯邦憲法裁判所의 優越의地位의 原因에 관해서는 Laufer, Bundesverfassungsgericht und politischer Prozeß, SS. 19-22 참조.

(15) Geiger는 das oberste Verfassungsorgan der Bundesrepublik로 보고 있으며 처음에는 Leibholz도 „höchsten Verfassungsorgan“이라고 하였다. Marcic는 憲法의 委任에 의한 主權者로 보고 있으며 第2의 立法者라고 보고 있다.

(16) U. Scheuner, Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik, S. 293; Roellecke, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit, SS. 53-59.

(17) Forsthoff, Die Bindung an Gesetz und Recht, S. 44.

(18) Loewenstein, Verfassungslehre, S. 261.

(19) Leibholz, Der Status des Bundesverfassungsgerichts, in 「Bundesverfassungsgericht」, S. 75.

(20) Thoma, Rechtsgutachten betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, JöR, Bd. 6, S. 169.

(21) Friesenhahn, Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 159; Maunz, Deutsches Staatsrecht, 20. Aufl., S. 283.

制와 均衡(checks and balances)의 原理에서 調和的으로 行使되어야 한다. 聯邦憲法裁判所는 提請에 따라 權力統制를 行使해야 하며 또 司法權을 行使함으로써 最高의 國家權力의 行使에 參與한다. 憲法裁判所는 司法權을 行使함으로써 國家意思形成의 憲法的 過程에 參與한다.

聯邦憲法裁判所는 既存의 憲法機關인 國家元首, 議會, 政府와 함께 最高機關의 하나를 구성하고 있다. 이 地位에서 聯邦憲法裁判所는 다른 國家機關에서 獨立的이어야 하며 自律的이어야 한다. 西獨議會는 이러한 原理에 따라 憲法裁判所의 地位의 獨立성을 保障하는 立法을 하였다. 첫째로 組織上의 獨立이 保障되어 聯邦法務部에서 獨立되게 되었다. 司法行政에 있어서도 議會의 調査나 監督에서 獨立되어 있다. 둘째로는 豫算編成上 獨立되어 있다. 그리하여 聯邦憲法裁判所는 獨自의인 豫算案을 編成하여 聯邦政府를 通하여 議會에 提出한다. 그러면 聯邦議會에서 이를 確定한다. 憲法裁判所의 豫算은 憲法裁判所가 獨自的으로 執行한다. 셋째로 聯邦憲法裁判所長은 이 機關의 公務員의 上官으로서 이들을 指揮·監督하고 懲戒할 수 있다. 넷째로 聯邦憲法裁判所는 規則(Geschäftsordnung)을 制定할 수 있다.

#### 4. 憲法保障機關性

##### (1) 憲法保障機關性與否에 관한 論議

聯邦憲法裁判所가 憲法的 保障機關이나에 관해서도 많은 論難이 있다. C. Schmitt는 憲法裁判所가 憲法保障者가 될 수 없다고 하고 있다.<sup>(22)</sup> C. Schmitt는 憲法은 守護되어야 하며 立法形式의 濫用에 對항하기 위하여 立法權의 限界를 設定하는 것은 必要하다고 하면서 特定한 憲法的 利益의 保護가 곧 憲法的 守護는 아니라고 하고 있다.

이에 대하여 Kelsen은 立法者의 恣意에서 憲法을 保障하는 것은 立法者의 違憲的인 行爲를 無效化하는 獨立된 國家機關의 存在라고 하고 憲法裁判所야말로 憲法的 保障機關이라고 하고 있다.<sup>(23)</sup> 이에 대한 反論으로서는 ① 議會主權主義 내지는 國民主權主義에서 나오는 것과 ② 權力分立原則에서 나오는 것이 있을 수 있다고 하고 이를 상세히 分析하고 있다.<sup>(24)</sup>

Weimar 憲法時代의 國事裁判所는 스스로를 憲法的 保障者(Hüter der Vefassung)라고 하였다. 西獨의 聯邦憲法裁判所에 대해서도 Leibholz는 이를 最高의 憲法保障機關(oberste Hüter der Vefassung)이라고 보고 있다.<sup>(25)</sup> 聯邦憲法裁判所도 그 性格에서 보아 憲法的

(22) C. Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924~1954, Materialien zu einer Verfassungslehre, 2. Aufl., 1973, S. 63-100.

(23) H. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL, Bd. 5(1929), S. 30-84; H. Kelsen, Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Die Justiz, Bd. 6(1931), S. 576ff.

(24) Schmitt와 Kelsen의 論爭에 대해서는 Laufer, Verfassungsgericht und politischer Prozeß, SS. 275-278 참조.

(25) Leibholz, Statusbericht, JöR, Bd. 6, S. 120-137.

保障機關으로 인정하고 있다.<sup>(26)</sup> 이에 대하여 Thoma는 法院을 憲法의 保障者로 보고 있는데 대하여 反對하고 있다.<sup>(27)</sup> 그 理由는 法院이 自律的으로 違憲審査를 하는 것이 아니고 提請에 의해서만 活動하고 憲法의 根據下에 立法府나 行政府의 管에 束달리는 경우가 많기 때문이라고 하고 있다. 또 이 用語의 不明確性을 지적하고 있다.

그러나 西獨의 憲法裁判所는 憲法의 保障機關으로 보아야만 할 것이다.<sup>(28)</sup>

## (2) 憲法保障機關으로서의 地位

聯邦憲法裁判所는 비록 個別的이기는 하나 憲法秩序를 拘束的으로 解決하며 聯邦과 支邦의 憲法機關의 適憲法的인 活動을 監視하고, 國家機關이 憲法에 의하여 保護되고 있는 基本權을 尊重하도록 配慮하고 自由民主的 基本秩序의 存立을 保障하고 있어 憲法保障機關으로서 機能하고 있다. 물론 聯邦大統領, 聯邦政府나 聯邦參議院, 聯邦議會도 憲法的인 制限 내에서 憲法機能을 行使함으로써 憲法의 保障者임을 주장할 수 있을 것이다.

그러나 憲法의 最高保障機關은 聯邦憲法裁判所이다.<sup>(29)</sup> 聯邦議會나 聯邦參議院의 法律制定의 違憲性與否를 最終的으로 解釋할 수 있고 또 聯邦政府의 政黨解散提訴에 대해서 決定할 수 있고 自由民主的 基本秩序를 守護하기 위하여 基本權의 喪失을 防止할 수 있는 점에서 聯邦憲法裁判所는 最高의 憲法保障機關이라고 하여야 할 것이다.<sup>(30)</sup>

## 5. 國民代表機關性

### (1) 國民代表機關性與否에 관한 論議

聯邦憲法裁判所가 民主的 機關이나 아니냐에 대해서도 많은 論難이 있었다. 周知하는 바와 같이 憲法裁判은 議會主權主義에 違背되어 나아가 國民主權主義에 違背된다고 非難받았다.<sup>(31)</sup> 이에 대하여 Kelsen은 個別的 國家機關에 主權이 있다고 하는 것은 인정될 수 없다고 하고 憲法이 立法의 上位에 있다는 것은 法律이 行政과 司法의 上位에 있는 것과 마찬가지로

(26) Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts, Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, JöR, Bd. 6, S. 145.

(27) Thoma, Rechtsgutachten..., JöR, Bd. 6, S. 168.

(28) Leibholz, Der Status des Bundesverfassungsgerichts, Das Bundesverfassungsgericht, S. 63; R. Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, 1957, S. 347f; Meyer, Anm. 9 zu Art. 93, in von Münch, Grundgesetz Kommentar, Bd. III, S. 464; Maunz, Rdnr. 3 zu Art. 94, in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz Kommentar.

(29) Leibholz, Der Status..., S. 63; Maunz, Rdnr. 3 zu Art. 94, in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, a.a.O.; Maunz-Sigloch u.a., a.a.O., S. 144.

(30) 聯邦憲法裁判所는 憲法保障機關으로서 憲法統制(Verfassungskontrolle)의 權限을 가지고 있다. 聯邦憲法裁判所의 決定에 대해서는 어떠한 抗訴審도 없으므로 그 決定은 終局的이다. 따라서 最高·最終의 憲法保障機關이라고 할 수 있다. Meyer, Rdnr. 9 zu Art. 93, in von Münch, Grundgesetz Kommentar, Bd. III, S. 464.

(31) Thayer, The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, 3 Harvard Law Review (1893), p. 131. 美國에 있어서의 理論에 관해서는 大澤季介, アメリカにおける 違憲立法審査權とデモクラシー, p. 281-309. 獨逸에 있어서의 理論에 관해서는 Grimm, Verfassungsgerichtsbarkeit in demokratischem System, JZ, 1976, S. 697-703; Steffani, Verfassungsgerichtsbarkeit und demokratischer Entscheidungsprozeß, 1968.

가지이기 때문에 法律의 合憲性審査는 國民主權主義에 違背되는 것은 아니라고 했다.<sup>(32)</sup> 나아가 그는 憲法裁判權이 權力分立主義에 違背된다는 主張에 대하여 違憲審査權을 가진 憲法裁判所는 立法機關이라고 까지 말하고 있다.<sup>(33)</sup> 그리하여 그는 法律의 無效宣言은 立法作用이라고 보고 있다. 오늘날 憲法裁判所는 牽制와 均衡을 위한 特別한 機構로 보아 오히려 權力分立의 機構로 보고 있다.<sup>(34)</sup>

憲法裁判所の 民主性與否의 問題는 憲法裁判所가 國民의 代表機關인가의 문제<sup>(35)</sup>와 밀접한 관련을 갖고 있다. 西獨聯邦憲法裁判所는 自身을 代表的인 憲法機關이라고 하고 있다 (Das Bundesverfassungsgericht als repräsentatives Verfassungsorgan).<sup>(36)</sup> 法院까지도 司法的 國民代表機關으로 보고 있는 것이 獨逸의 多數說이다.<sup>(37)</sup> 왜냐하면 法官과 法院은 基本法 第20條에 의하여 國民에게서 나오는 國家權力을 司法의 領域에서 受任하고 있는 機關으로서 保護되고 있기 때문이다.<sup>(38)</sup> 代表者라고 하거나 機關이라고 하는 것은 同義語이기 때문에 區分의 實益이 없다는 說도 있다.<sup>(39)</sup>

## (2) 國民代表機關으로서의 地位

聯邦憲法裁判所는 基本法 第20條 2項과 第92條에 따라 國民의 主權을 代表해서 行使하는 特別한 機關이며 司法權을 受託받은 機關이다. 이 점에서 聯邦憲法裁判所와 各種 最高法院은 國民의 代表機關이라고 할 수 있다.<sup>(40)</sup> 비록 國民에 의하여 直接 選出된 것은 아니라고 하더라도 司法權을 行使하는 代表機關임은 틀림없다.

憲法 第92條에서 聯邦憲法裁判所는 法官에 의해서 司法權을 行使하는 機關으로 인정되고 있다. 그런데 違憲法律決定權이라던가 國際法의 國內法으로서의 效力認定과 같은 것은 엄밀한 意味에서 立法的 機能을 가지고 있다고도 할 것이다.<sup>(41)</sup> 그런데 이들 모든 權力이 國民

(32) *Kelsen*, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in *Häberle*(Hrsg.), 「*Verfassungsgerichtsbarkeit*」, S. 79.

(33) *Kelsen*, a.a.O., S. 80; *Marcic*, *Verfassung und Verfassungsgericht*, SS. 206f.

(34) 憲法裁判權과 權力分立에 관해서는 *Häberle*, *Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in 「*Verfassungsgerichtsbarkeit*」, S. 1-45.

(35) Jellinek는 美國의 法官은 國民代表者로서 代表的 性格을 지니고 있다고 했다. 왜냐하면 그 上官이 없고 따라서 直接의 二次의 國家機關이라고 했다.

(36) *Leibholz*, *Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur „Status“ Frage*, JöR, Bd. 6, S. 127.

(37) *H. v. Mangoldt*, *Kommentar*, S. 500/1; *Zinn*, *Öffentliche Verwaltung* 2, S. 280; *Thoma*, *Rechtsgutachten*, S. 173.

(38) R. Marcic는 聯邦憲法裁判所를 shadow cabinet로까지 보고 있다. *Marcic*, *Verfassung und Verfassungsgericht*, SS. 205 ff.

(39) *Thoma*, *Rechtsgutachten*, JöR, Bd. 6, S. 173.

(40) 聯邦憲法裁判所는 國家領導에 있어서의 共同責任을 分擔하고 있다. 聯邦憲法裁判所는 權力이 아니라 權威에 의해서 統治에 參與하고 있다. *Meyer*, Rdnr. 13 zu Art. 93, in *von Münch*, 「*Grundgesetz Kommentar III*」, S. 466 참조.

(41) 따라서 聯邦憲法裁判所를 第2의 立法者라고 하는 見解가 있다. Calamandrei는 憲法裁判所를 超立法部(Superlegislative)라고 하고 있다. 상세한 것은 *Marcic*, *Verfassung und Verfassungs-*

에게서 나오며 또 그 行使가 憲法에 의해서 規定되고 있기 때문에 非民主性이라던가 權力分立原則違背의 問題는 발생하지 않는다. 오늘날의 法院은 과거와 같이 消極的인 것만이 아니고 積極的인 役割도 期待되기 때문이다. (42)

## 6. 司法機關性

### (1) 司法機關性與否에 관한 論議

Weimar憲法時代에는 國事裁判所의 司法機關으로서의 地位가 많이 論難되었다. 國事裁判은 政治的인 司法化요 司法的인 政治化라는 Guizot의 影響에 따라 Carl Schmitt는 憲法裁判所의 司法機關으로서의 地位를 否定하였다. 그는 憲法裁判所는 多少間에 司法節次의 形態에 따라 立法을 行하는 것이라고 하고 政治的인 審級으로 變했다고 하고 있다. (43) 이에 대하여 Kelsen은 憲法裁判은 政治的인 性格을 떠나 法院으로서의 性格을 喪失하는 것은 아니라고 하였다. (44)

西獨基本法에서는 第92條에서 聯邦憲法裁判所를 司法機關으로 규정하였기 때문에 司法機關性을 否認하는 見解는 없는 것 같다. 그러나 憲法裁判이 法的인 決定이 아니라 政治的인 決定이라고 보는 見解들이 있다. (45)

### (2) 最高司法機關으로서의 地位

오늘날 西獨聯邦憲法裁判所는 基本法 本文과 憲法裁判所法에 따라 聯邦의 獨自的이고 獨立的인 司法機關으로 인정되고 있다. (46) 이 밖에도 憲法制定者의 뜻에 따라 憲法裁判所는 司法機關으로 인정되었다. 다음에는 聯邦憲法裁判所는 法規에 拘束되고 있으며 司法自制를 하고 있고 提請·提訴에 의하여서만 機能할 수 있고 (47) 司法府로서의 強制執行權이 없으며 司法的인 方法을 採擇하고 있는 것을 司法機關으로서의 基準이라고 볼 수 있을 것이다. (48)

gericht, 1963, S. 203f. 美國에서도 立法部의 第三院(the third chamber in perpetual session)이라고까지 말하여지고 있다. George Norris는 「우리들은 400名 이상으로 구성되는 下院이라는 立法組織을 가지고 있다. 또 약 100名으로 구성되는 上院이라는 立法組織도 가지고 있다. 그러나 實際에는 9名으로 구성되는 聯邦最高裁判所라고 불리우는 또 다른 하나의 立法組織을 가지고 있다. 그들은 앞의 두 立法組織보다도 더 強力하다」고 하고 있다.

(42) 상세한 것은 F. Werner, Die Gerichte in der gewaltenteilenden Demokratie, Juristen Jahrbuch I, SS. 68-81 참조. 美國에 있어서도 Eugene Rostow는 司法審査制의 民主的인 性格을 強調하고 있다 (Rostow, "The Democratic Character of Judicial Review", 66 Harvard Law Review (1952), p. 194). 司法積極主義에 대해서는 李相敦, 美國大法院과 司法積極主義, 서울대학교 법학석사논문, 1976; 樋口陽一, 司法의 積極性과 消極性, 現代法選書5, 1978 등 참조.

(43) C. Schmitt, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. 이것은 現在 Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin, 1959, SS. 63-100에 수록되어 있다.

(44) Kelsen, Wer soll Hüter der Verfassung Sein?, 1931, SS. 11ff.

(45) Leibholz, Statusbericht, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 224f.

(46) 通說이다. 司法機關은 受動的인 것이 강조되고 있다. 상세한 것은 Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch, in 「Gedächtnisschrift für Walter Jellinek」, 1955, S. 361 (371f.).

(47) 이를 提訴의 原則(Antragprinzip)이라고 할 수 있다. 상세한 것은 Söhn, Das abstrakte Normenkontrolle Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, S. 296 참조.

(48) Laufer, Verfassungsgericht und politischer Prozeß, S. 283.

Geiger는<sup>(49)</sup> 「聯邦憲法裁判所는 法院이다. 이는 聯邦에 있어 그 課業과 그 責任에 따라 가장 重要하고 最高의 法院의 地位에 있다. 聯邦憲法裁判所는 法院이기는 하나 그 權限의 特殊性과 그 憲法的 機能때문에 特別한 地位를 가지고 있다」고 하고 있다. 이러한 理由때문에 最初에 豫定되었던 最高裁判所를 設置하지 않도록 하였다.<sup>(50)</sup>

나아가 聯邦憲法裁判所는 다른 法院과는 달리 法的 爭議(Rechtsstreitigkeiten)중에서도 特種의 爭議 즉 「政治的」 法的 爭議를 다루고 있기 때문에 區分된다고 하고 있다.<sup>(51)</sup> 「政治的」 法的 爭議는 政治的 法에 대한 爭議이며 政治를 既存의 法規範에 따라 司法的 判斷의 對象으로 하는 爭議라고 하고 있다. 이와 같이 政治的인 法的 判斷을 하게 되기 때문에 政治的 司法化, 司法의 政治化가 많이 論難되고 있다.<sup>(52)</sup> 그러나 聯邦憲法裁判所는 政治的 法인 憲法을 判斷根據로<sup>(53)</sup> 提訴에 의해서만 活動하고 政治的 問題에 대해서는 司法自制하고 있는 점에서 政治的 機關이 아니라 司法機關이라고 하여야 할 것이다.

憲法裁判所의 判決이 客觀的 憲法秩序를 保障하는 것이나 個人的 公權을 保護하는 것이나에 대해서도 論爭이 있다. 특히 憲法訴願制度가 문제되고 있다.<sup>(54)</sup> 憲法訴願은 主觀的 權利의 保障制度라고 보아야 할 것이며 이로 인하여 憲法的 客觀的 秩序의 保障이 행해진다 고 볼 수 있을 것이다.<sup>(55)</sup> 그러나 一般的인 憲法裁判은 客觀的 秩序保障의 目的을 가진 것이라고 할 것이다.<sup>(56)</sup>

## II. 聯邦憲法裁判所の 權限

### 1. 序 說

聯邦憲法裁判所の 權限은 基本法과 聯邦憲法裁判所法과 其他 法律에 규정되고 있다. 이들 權限은 聯邦憲法裁判所가 最高의 憲法保障機關으로서 또 司法機關으로서 가지는 權能들이

(49) Geiger, Ergänzungsbericht, JöR, Bd. 6, S. 138.

(50) 이 점에서 聯邦憲法裁判所를 上告審으로 보려는 傾向도 있다. Marcic, Verfassung und Verfassungsgericht, S. 205f. 그러나 基本法上: 最高裁判所の 上告審(Superrevisionsinstanz)이라고 할 수 없을 것이다. Meyer, Rdnr. 11 zu Art. 93, in von Münch, 「Grundgesetz Kommentar」, Bd. III, S. 465.

(51) Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts, JöR, Bd. 6, S. 144; Leibholz, Statusbericht, S. 65; Maunz, Anm. 2 zu Art. 104, in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, a.a.O.

(52) 法的 判斷과 政治的 判斷에 관해서는 O. Bachof, Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik, Universitas, 1966, SS. 137-152 참조.

(53) 憲法的 政治에 대한 優越을 규정하고 있는 것이 곧 憲法裁判의 本質이라고 보아야 할 것이다. Meyer, Rdnr. 12 zu Art. 93, in von Münch, Grundgesetz Kommentar III, S. 465.

(54) 상세한 것은 金哲洙, 憲法訴願制度, 考試界, 1979. 5.

(55) Häberle는 이를 憲法裁判所の 두가지 機能이라고 하고 있다. 상세한 것은 Häberle, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, in 「Verfassungsgerichtsbarkeit」, S. 14f. 참조.

(56) 司法을 法的 鬭爭의 解決(權限爭議의 判斷)으로 보는 見解와 國民의 基本權保障으로 보는 見解가 對立되고 있다. 상세한 것은 Herzog, Rdnr. 31 zu Art. 92, in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, a.a.O.



라고 하겠다. 最初에는 聯邦憲法裁判所는 勸告의 意見 내지 諮問의 意見(Rechtsgutachten)을 表示하도록 했었으나<sup>(57)</sup> 이는 法院으로서의 本質에 違背되는 것이라고 하여 廢棄되었다. 憲法訴願에 관해서도 論難되었으나<sup>(58)</sup> 이는 必要한 것으로 1969年 1月 29日의 第19次 基本法改正에 의하여 憲法上の 權限으로 되었다.<sup>(59)</sup>

聯邦憲法裁判所의 權限은 基本法 第93條에서 規定되고 있으며 이 밖에도 基本法 第18條, 第21條 2項, 第41條 2項, 第61條 1項, 第84條 4項, 第98條 2項과 5項, 第99條, 第100條와 第126條에서 규정되고 있다. 法律에 의하여 聯邦憲法裁判所의 權限으로 되어 있는 것으로는 選舉爭訟法, 國民投票法, 政黨法에서만 규정되고 있다.

여기서는 實質的인 分類基準에 따라 ① 憲法爭訟 ② 規範統制 ③ 憲法訴願 ④ 民主的 國家秩序를 守護하기 위한 權限 ⑤ 其他의 權限으로 나누어 說明하기로 한다.<sup>(60)</sup>

## 2. 憲法爭議裁判權

聯邦憲法裁判所는 憲法爭議(Verfassungsstreitigkeiten)에 관하여 裁判한다. 憲法爭議로는 ① 聯邦機關間의 機關訴訟 ② 聯邦과 支邦間의 爭議 ③ 聯邦과 支邦間 또는 諸支邦相互間의 公法的 法律關係에 관한 紛爭과 ④ 支邦內部的 憲法的 紛爭을 들 수 있다.

### (1) 機關訴訟(Organstreit)

基本法 第93條 1項 1號는 聯邦憲法裁判所가 聯邦最高機關의 權利·義務의 範圍에 관한 爭訟과, 이 基本法에 의하거나 또는 聯邦最高機關의 職務規則에 의하여 固有한 權限이 부여된 其他의 關係機關의 權利·義務의 範圍에 관한 爭訟의 原因이 된 基本法의 解釋에 관하여 決定한다고 하고 있다.<sup>(61)</sup>

이 機關爭訟은 聯邦最高機關과 그 下部決定機關 등의 權利·義務를 규정한 基本法의 解釋에 異議가 있는 경우에 機關의 提訴에 의하여 決定한다.<sup>(62)</sup> 機關爭訟의 當事者는 聯邦大統領, 聯邦議會와 그 常任委員會, 聯邦參議院, 聯邦政府와 이들 機關의 構成員으로서 獨立的인 權限을 가진 者, 例를 들면 聯邦議會議員이나 聯邦議회의 院內交涉團體, 憲法改正을

(57) 舊憲法裁判所法 第97條

(58) 상세한 것은 *Kutscher*, Die Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts, Änderungsvorschläge, Festschrift für Gebhard Müller (1970), S. 161ff; *Thoma*, Rechtsgutachten betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, JüR, Bd. 6, S. 184.

(59) 19. Gesetz zur Änderung des GG v. 29. 1. 1969 (BGBl 1969 I, S. 67)

(60) 聯邦憲法裁判所의 權限에 대해서는 *Federer*, Aufbau, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in 「Bundesverfassungsgericht」, SS. 39-60; *Wintrich-Lechner*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, Die Grundrechte, Bd. 3, 2. Halbband, 1959, SS. 643-716; *Friesenhahn*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik; *Mosler* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, SS. 89-197 등 참조.

(61) 機關爭訟에 관해서는 *D. Lorenz*, Der Organstreit vor dem Bundesverfassungsgericht, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, S. 225-259; *M. Goessl*, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, Berlin, 1961 참조.

(62) Lorenz는 機關爭訟은 憲法保障(Verfassungssicherung)의 一部로 보고 있다. *Lorenz*, *ibid.*, S. 230.

沮止할 수 없는 議會의 少數派 등이다. 政黨도 選舉節次의 法的 形成을 通하여 政黨의 憲法上 地位가 侵害된 경우에는 機關爭訟을 提起할 수 있다.<sup>(63)</sup>

提訴者는 權利保護利益을 特別히 提示하여야 한다. 提訴者는 提訴機關이나 그 機關에 屬하는 機關의 憲法上 權利義務가 被訴機關의 作爲나 不作爲에 의하여 侵害되었거나 侵害의 直接的 危險이 있음을 主張해야 한다.<sup>(64)</sup> 바꿔 말하면 提訴機關의 權利保護에 대한 主觀的인 必要性이 인정되어야 한다.

提訴는 異議있는 措置를 行한 날부터, 또는 不作爲를 안 날로 부터 6月 以內에 提起되어야 하며 提訴狀에는 異議있는 被訴機關의 措置나 不作爲 및 抵觸되는 基本法規定을 明示하여야 한다.

聯邦憲法裁判所の 決定은 基本法의 解釋에 局限된다.<sup>(65)</sup> 이 경우 基本法의 解釋을 위하여서는 明文의 法條文뿐만 아니라 不文의 憲法의 原理도 고려하여 裁判할 수 있다. 그러나 聯邦憲法裁判所는 政治的 決定을 해서는 안되며 憲法解釋에 의한 確定만을 하여야 한다.<sup>(66)</sup> 聯邦憲法裁判所는 政治的 爭訟에 휘말려 있는 政治的 權力的 調整을 目的으로 해서는 안된다.<sup>(66)</sup>

## (2) 聯邦과 支邦間의 爭議

聯邦과 支邦間의 爭議에 대해서도 聯邦憲法裁判所는 管轄權을 가지고 있다. 基本法 第93條 1項 3號에서 聯邦과 支邦間에 權限爭議가 있는 경우에는 聯邦憲法裁判所가 決定하도록 하고 있고, 第84條 4項은 支邦이 聯邦法律의 執行에 違法이 있는가에 관하여 聯邦參議院이 결정할 수 있는데 그 決定에 대해서는 다시 聯邦憲法裁判所가 判決하도록 규정하고 있다.<sup>(67)</sup> 이것은 聯邦制國家에 있어서의 憲法裁判所의 가장 중요한 機能이라고 말하여졌다.

그러나 西獨에서는 이 種類의 訴訟은 1967年 이후에는 별로 행해지지 않아 이제는 必要하지 않은 權限처럼 인정되고 있다. 그런데 이 權限은 聯邦主義를 채택하고 있는 西獨에서는 중요한 權限으로 보아야 할 것이다. 基本法 第93條 1項 3號에는 「聯邦 및 支邦의 權利義務에 관한 意見의 相違 특히 支邦에 의한 聯邦法의 執行 및 聯邦監督權의 行使에 관하여 意見의 相違가 있는 경우」라고 하고 있다. 이 때에 누가 提訴權을 가지는가에 관해서는 구

(63) 機關爭訟의 訴訟當事者에 관해서는 *Lorenz, ibid., S. 242-251* 참조.

(64) 權利侵害에 관해서는 *Lorenz, ibid., S. 251-259* 참조.

(65) 聯邦憲法裁判所의 基本法의 解釋에 관해서는 *Badura, Verfassung, Staat und Gesellschaft in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. II, S. 1-21; Roellecke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation in das Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. II, SS. 22-49* 등 참조.

(66) 聯邦憲法裁判所法 第67條 1項 參照.

(66) 상세한 것은 *Lorenz, a.a.O., S. 258f.*

(67) 상세한 것은 *Leisner, Der Bund-Länder-Streit vor dem Bundesverfassungsgericht, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, SS. 260-291; Schachtlschneider, Der Rechtsweg zum BVerfG in Bund-Länder-Streitigkeiten, Diss. Berlin, 1969.*

정하고 있지 않은데 聯邦憲法裁判所法은 第68條에서 聯邦과 支邦의 最高憲法機關만이 提訴할 수 있다고 규정하고 있다. 이 訴訟의 審理에는 機關爭訟에 있어서의 節次가 準用된다.

### (3) 聯邦과 支邦間 또는 諸支邦相互間의 公法的 法律關係에 관한 爭訟

基本法 第93條 1項 4號는 「다른 訴訟方法이 없는 경우에 限하여 聯邦과 支邦間, 相異한 支邦間 또는 一支邦內에 있어서의 其他의 公法上의 爭訟」에 관하여 聯邦憲法裁判所가 決定하도록 하고 있다. 이러한 公法上 紛爭은 대부분이 行政訴訟事項이기 때문에 實際上에 있어서 聯邦憲法裁判所가 管轄權을 가지는 경우는 드물다.<sup>(68)</sup>

聯邦과 支邦間의 公法的 爭訟이라든가 支邦相互間의 公法的 爭訟, 支邦內部的 公法的 紛爭에 대해서 그것이 憲法的 爭訟인 경우에 限해서만 聯邦憲法裁判所가 決定할 權限을 가진다.

### (4) 支邦內部的 憲法的 爭訟

聯邦憲法裁判所는 支邦憲法裁判所로서 支邦內部的 憲法的 爭訟을 裁判하는 경우도 있다. 이는 支邦法에 의한 附託의 경우를 들 수 있는데 Schleswig-Holstein이 支邦內部的 憲法爭訟을 聯邦憲法裁判所에서 決定하도록 하고 있다(基本法 第99條).

## 3. 規範統制權

聯邦憲法裁判所는 憲法保障機關으로서 國會의 法律의 合憲性與否를 審査하는 權限을 가지고 있다. 聯邦憲法裁判所는 法律, 條約, 豫算 등의 法規範의 成立과 內容에 관한 合憲性與否를 審査한다. 規範統制에는 抽象的 規範統制와 具體的 規範統制가 있다. 그러나 基本法은 豫防的 規範統制(„vorbeugende“ Normenkontrolle)는 인정하지 않는다.<sup>(69)</sup>

聯邦憲法裁判所가 單純過半數로써 문제된 法規範의 合憲性을 否認하면 그것이 始初부터 無效였음을 法律의 效力을 가지고 確定한다.<sup>(70)</sup> 또 前憲法的인 法律이 聯邦法으로 되있는가를 確定하고 國際法의 一般規則이 聯邦法의 一部가 되어 있는가도 判決한다. 이 점에서 前述한 바와 같이 立法機構로서의 機能도 하고 있다.

### (1) 抽象的 規範統制

聯邦法이 形式的 및 實質的으로 基本法에 合致되는가, 支邦法이 基本法에 形式的 및 實質的으로 合致되는가, 또 支邦法이 다른 聯邦法과 形式的 및 實質的으로 合致하는가 與否에 관하여 意見의 相違나 疑義가 있는 경우에는 聯邦憲法裁判所가 決定한다(基本法 第93條 1項 2號). 이 法律審査는 具體的인 訴訟事件과는 관계없이 法律의 違憲與否를 審査할 수 있

(68) 상세한 것은 Scholtissek, H., Zur Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG., Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 461ff.

(69) 豫防的인 規範統制에 관해서는 Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in 「Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart」, S. 128ff.

(70) 聯邦憲法裁判所의 判決의 效力에 관해서는 Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, SS. 568-627.

는 점에서 抽象的 規範統制(abstrakte Normenkontrolle)라고 한다.<sup>(71)</sup>

이 抽象的 規範統制는 憲法裁判權의 核心的 要素이다.<sup>(72)</sup> 抽象的 規範統制는 聯邦法과 支邦法の 合憲性을 統制함으로써 憲法을 保障하기 위한 것이다. 따라서 訴訟의 目的은 規範의 效力을 確定하는 것이 아니고 聯邦法이나 支邦法이 基本法에 合致하는가 與否를 審査하는 것이다. 抽象的 規範統制는 客觀的 節次이며 憲法保障節次(Verfassungsrechtsbewahrungsverfahren)이다.<sup>(73)</sup>

抽象的 規範統制를 提訴할 수 있는 能力者는 聯邦政府, 支邦政府와 聯邦議會議員 1/3 이 상이다.<sup>(74)</sup> 聯邦議會에 있어서의 少數者保護를 규정하고 있는 것이 특색이다. 民衆訴訟으로서 누구나 提訴할 수 있는 것이 바람직할지 모르나 提訴權者를 制限하고 있는 것은 濫訴를 막기 위한 것이다.

規範審査의 對象이 되는 것은 聯邦法律, 條約同意法, 豫算, 國際慣習法 등이다.<sup>(75)</sup> 審査의 基準은 憲法이다. 또 支邦法の 違憲審査의 경우에는 聯邦法도 審査의 基準이 된다. 聯邦法令이나 支邦法令이 違憲이라고 생각하는 경우에는 그 法令의 無效를 宣言해야 한다. 이 無效宣言은 法律의 效力을 가지며 그 判決이 있는 날 이후에는 適用할 수 없다.

無效宣言의 效果는 原則적으로 無效인 法에 근거하여 發하여진 國家行爲에는 影響을 미치지 않으나, 形式的으로 確定力이 발생된 行爲, 例컨데 法院의 判決이나 行政行爲는 執行할 수 없게 된다.

## (2) 具體的 規範統制

聯邦憲法裁判所는 法院의 提請에 따라 法律의 合憲性與否를 審査하는 權限을 가진다. 法院은 裁判에 있어서 그 效力이 問題로 되는 法律을 違憲이라고 생각하는 경우에는 그 節次를 中止하고 聯邦憲法裁判所에 違憲與否를 提請하고 이 決定에 따라 裁判하여야 한다(基本法第100條). 聯邦憲法裁判所가 法院의 提請에 따라 違憲法律審査를 하는 權限을 具體的 規範統制(konkrete Normenkontrolle)라고 한다.<sup>(76)</sup>

法律의 合憲性與否를 審査하는 權限은 모든 法院에게 있으나 違憲性에 관한 決定은 聯邦

(71) 상세한 것은 H. Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, S. 292-322; Friesenhahn, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1963; Maunz, Kommentar zu Art. 93, in Maunz-Dirig-Herzog-Scholz, a.a.O.

(72) Friesenhahn, a.a.O., S. 7.

(73) 抽象的 規範統制의 目的은 ① 憲法の 保障, 聯邦法の 保障 ② 客觀的 節次로서의 規範統制에 있다. 상세한 것은 Söhn, a.a.O., SS. 294ff; Babel, Probleme der abstrakten Normenkontrolle, S. 10f.

(74) Söhn, a.a.O., S. 296f.

(75) 상세한 것은 Söhn, a.a.O., SS. 312-315 참조.

(76) 具體的 規範統制에 관해서는 Bettermann, Die konkrete Normenkontrolle and sonstige Gerichtsvorlagen, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, SS. 323-373; Meyer, Kommentar zu Art. 100, in v. Münch, Grundgesetz Kommentar, Bd. III, SS. 535-549; Maunz, Kommentar zu Art. 100, in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz Kommentar; Friesenhahn, a.a.O.

憲法裁判所와 支邦憲法裁判所に 留保되어 있다.<sup>(77)</sup> 聯邦憲法裁判所の 違憲審査는 法院의 提請에 따라 具體的 事件과는 分離되어 中間節次의 形態로 提請法院과는 別個의 獨立한 客觀的 節次로서 行해진다.

聯邦憲法裁判所는 法院으로부터 어떠한 法律規定에 대한 違憲與否審査의 請求가 있으면 그 審理節次中에 聯邦高等法院, 혹은 支邦上級法院에 대해 事實에 關한 報告나 法的 意見을 要求할 수 있다. 또한 聯邦議會, 聯邦參議院 및 聯邦政府에 대하여 一定한 期間內에 意見을 表明할 機會를 주어야 한다.

聯邦憲法裁判所는 이 法官의 違憲審査提請에 대해 抽象的 規範統制의 경우에 準하여 裁判한다. 그 裁判은 法律問題에만 局限되므로 문제된 規範의 政治的 내지 經濟的 合目的性與否에 대해서는 審査할 수 없다. 聯邦憲法裁判所の 判決은 聯邦과 支邦의 憲法機關과 各級 法院 및 行政官廳을 拘束하는 一般的 效力을 가진다.

### (3) 前憲法的인 法律의 效力

憲法制定前의 「法이 聯邦法으로서 그 效力을 繼續할 것인가에 關한 意見의 不一致에 關해서는 聯邦憲法裁判所가 이를 決定한다」(基本法 第126條).

이 舊法의 效力繼續與否에 關한 提請은 聯邦議會와 聯邦參議院, 聯邦政府와 支邦政府만이 할 수 있다.<sup>(78)</sup> 法院은 裁判의 前提가 된 경우에만 提請할 수 있다(聯邦憲法裁判所法 第86條 2項).

聯邦憲法裁判所の 決定은 法律的 效力을 가진다.

### (4) 條約의 國內法的 效力

어떤 爭訟에 있어서 國際法規가 聯邦法의 一部를 구성하고 있는가 어떤가, 또 그 法規가 個人에 대하여 直接으로 權利 및 義務를 부여하는가 어떤가에 대하여 疑義가 있는 경우에는 法院은 聯邦憲法裁判所に 提請하여 그 決定에 따라 裁判한다.<sup>(79)</sup>

聯邦憲法裁判所는 國際法의 國內法的 效力을 審査한다. 이 裁判에서 國際法이 國內法的 效力을 인정받게 되면 이 國際法은 形式的 法律에 上位하는 效力을 갖게 된다.

## 4. 憲法訴願裁判權

憲法訴願(Verfassungsbeschwerde)은 最初에는 憲法裁判所法 第90條 1項에서만 규정되었으

(77) 法院의 違憲法律審査權과 違憲法律의 適用拒否權에 關해서는 獨逸에서도 많은 論難의 對象이 되었다. 상세한 것은 *Bettermann, a.a.O., S. 326f.*

(78) 이에 關해 상세한 것은 基本法 第126條의 註釋 參照. 특히 *Maunz, Art. 126, in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, 1966; Kirn, Art. 126, in v. Münch, 1978; Bopp, Die Zuständigkeit der Verfassungsgerichte zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der vor Inkrafttreten des Grundgesetzes bzw. der Landesverfassungen erlassenen Rechtsnormen des Bundesrecht, Diss. Tübingen, 1952.*

(79) 상세한 것은 *Geck, Das Bundesverfassungsgericht und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. II, SS. 125-153; Bernhardt, Bundesverfassungsgericht und völkerrechtliche Verträge, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. II, SS. 154-186* 참조.

나 1969年 1月 29日의 基本法改正에 의하여 憲法上的의 權利救濟手段으로 규정되기에 이르렀다. 이 憲法訴願에는 國民의 基本權 侵害를 理由로 하는 一般的인 憲法訴願과 地方自治團體의 自治權의 侵害를 理由로 하는 特別憲法訴願의 두 가지가 있다.<sup>(80)</sup>

#### (1) 基本權 侵害를 理由로 하는 憲法訴願

基本權이나 基本法의 個別條項에서 규정되어 있는 權利가 公權力에 의하여 侵害된 경우에는 누구나 聯邦憲法裁判所に 憲法訴願을 提起할 수 있다. 따라서 自然人 뿐만 아니라 內國法人의 경우에도 인정된다. 憲法訴願은 公權力에 의하여 基本權이 侵害된 경우에만 提起할 수 있다. 公權力이란 立法府의 法律制定과 其他 法律制定, 執行權의 行爲, 法院의 判決을 總稱한다. 基本權은 基本法 第1條에서 19條까지의 基本權과 抵抗權, 公職就任에 있어서의 平等權, 選舉權과 被選舉權, 裁判을 받을 權利, 罪刑法定主義, 人身의 自由의 權利 侵害의 경우를 말한다. 이 경우에도 다른 救濟方法이 許容되어 있는 경우에는 이들 節次를 전부 거친 뒤에야만 訴를 提起할 수 있다. 그러나 法律이나 法規命令에 대한 憲法訴願에는 다른 救濟節次가 없기 때문에 直接 訴를 提起할 수 있다. 憲法訴願은 提訴要件이 成立된 뒤 1個月 以內에 提訴하여야 한다. 다른 法的 救濟方法이 규정되어 있지 않는 法律이나 高權行爲에 대한 憲法訴願은 1年 以內에 提起해야 한다.

憲法訴願에 따른 聯邦憲法裁判所의 過重한 負擔을 輕減하기 위하여 憲法訴願豫備審査機構가 설치되어 있다. 1年의 任期로 任命된 3名의 裁判官으로 구성되는 委員會가 豫備審査하여 全員一致로 理由없다고 한 경우에는 憲法訴願은 却下할 수 있다.<sup>(81)</sup> 憲法訴願의 審理에 있어서 基本權을 侵害한 公權力機關에 대하여 意見을 陳述할 機會를 준다. 聯邦憲法裁判所는 憲法訴願이 理由 있다고 인정할 때에는 裁判에 의하여 이를 確認한다.

憲法訴願이 法律에 대해서 行해진 경우에 그 憲法訴願이 理由있다고 볼 때에는 그 法律을 無效로 宣言한다.<sup>(82)</sup> 違憲의인 高權行爲나 行政處分은 破棄된다. 憲法訴願이 갖는 重要한 意義는 主觀的 爭訟의 形式을 빌어 法律의 違憲審査를 할 수 있는 客觀的 訴訟遂行 내지는 憲法保障機構로서의 機能에 있다 할 것이다.

#### (2) 自治權의 侵害를 理由로 하는 地方自治團體의 憲法訴願

訴願을 支邦憲法裁判所に 提起할 수 없는 경우에 있어서만, 聯邦法 및 支邦法이 第28條의 自治行政權을 侵害하였다는 理由로 市·邑·面 및 市·邑·面聯合體는 聯邦憲法裁判所

(80) 憲法訴願에 관하여 상세한 것은 金哲洙, 現代憲法論, p. 857에 기재되어 있는 論文들 참조. 특히 *Spanner, Die Beschwerdebefugnis bei der Verfassungsbeschwerde, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, SS. 374-395; Wintrich, Schutz der Grundrechte durch Verfassungsbeschwerde und Popularklage, 1950; 金哲洙, 憲法訴願制度, 考試界, 1979. 5.*

(81) 상세한 것은 *Zacher, H., Die Selektion der Verfassungsbeschwerden—die Siebfunktion der Vorprüfung und des Kriteriums der unmittelbaren und gegenwärtigen Betroffenheit des Beschwerdeführers, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 1, SS. 396-431* 참조.

(82) 예를 들면 *Menger, Zur Kontrollbefugnis des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen Rechtsnormen, Verwaltungs Archiv, 67 (1976), S. 303ff.*

에 憲法訴願을 提起할 수 있다.<sup>(83)</sup> 이 때의 法律은 形式的 意味에 있어서의 法律만이 아니고 實質的 意味의 法律을 포함한다. 이 訴願의 對象은 基本法 第28條에 포함된 地方自治權의 制度的 保障을 侵害하는 聯邦 및 州의 法規에 局限된다.

### 5. 民主的 基本秩序를 위한 裁判

聯邦憲法裁判所는 憲法の 守護機構로서 民主的 基本秩序의 維持・保護를 위한 一聯의 訴訟을 掌管하고 있다. 그 첫째는 違憲政黨의 解散判決이고, 둘째는 基本權濫用者에 대한 基本權喪失判決이고, 셋째는 聯邦大統領에 대한 彈劾決定이며, 넷째는 聯邦法官에 대한 彈劾決定이다. 이들의 訴訟은 民主的 基本秩序와 國家의 存立을 守護하기 위한 것으로 聯邦憲法裁判所의 憲法保障機能으로서 중요한 意義를 갖는다.<sup>(84)</sup>

#### (1) 政黨解散決定

違憲政黨의 解散制度는 西獨基本法에서 처음으로 導入된 것으로 이는 防禦的 民主主義의 表現이다.<sup>(85)</sup> 基本法 第21條 2項은 「政黨은 그 目的이나 黨員의 行動이 自由民主的 基本秩序를 侵害하고 또는 除去하고 또는 獨逸聯邦共和國의 存立을 危殆롭게 하는 것은 違憲이다. 違憲의 問題에 관해서는 聯邦憲法裁判所가 判決한다」고 하고 있다.<sup>(86)</sup>

이와 같은 聯邦憲法裁判所는 違憲政黨解散決定權을 가지는데 이것은 聯邦憲法裁判所만이 獨占하고 있는 權限(Entscheidungsmonopol)이다. 違憲性判斷의 節次에 관해서는 聯邦憲法裁判所法 第43條에서 第47條까지 규정하고 있다. 政黨의 違憲성에 관한 提訴는 聯邦議會, 聯邦參議院이나 聯邦政府가 할 수 있다. 支邦政府는 政黨의 組織이 그 支邦에만 局限된 경우에 限하여 提訴할 수 있다. 聯邦憲法裁判所는 口頭辯論을 거쳐 理由가 있다고 判斷한 경우에는 政黨의 違憲性을 判斷한다. 이 判決은 當該部 裁判官의 2/3 이상의 贊成이 있어야 한다. 이 確定으로 政黨은 解散되고 代替政黨의 構成이 禁止된다. 나아가 違憲政黨의 財産의 沒收도 宣言할 수 있다.

#### (2) 基本權喪失決定

(83) Weber, W., Selbstverwaltungskörperschaften in der Rechtsprechung der Bundesverfassungsgerichts, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. II, SS. 331-363; Schunk, E., Die verfassungsrechtliche Sicherung der Selbstverwaltung der Gemeinden, Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 475ff.

(84) 상세한 것은 Stern, K., Verfassungsrechtliche Probleme, der Grundrechtsverwirkung und des Parteiverbots, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, SS. 194-224.

(85) 防禦的 民主主義에 대해서는 金哲洙, 憲法學概論; 金哲洙, 民主的 基本秩序, 「法學」20권 1호; Stern, Das Staatsrecht d. BRD 등 참조.

(86) 獨逸憲法上의 政黨의 解散에 관해서는 金哲洙, 現代憲法論; Höver, Das Parteiverbot und seine rechtliche Folgen, Diss. Bonn, 1975; Schön, Grundlagen der Verbote politischer Parteien als politische Gestaltungsfaktoren in der Weimarer Republik und in der Bundesrepublik, 1972; Willms, Zur Problematik des Parteiverbot, JZ, 1973, S. 455ff; Friesenhahn, a.a.O., Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, 1962, SS. 175-179; Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, SS. 479-550.

「누구든지 意思表現의 自由, 특히 出版의 自由, 學問의 自由, 集會의 自由, 結社의 自由, 信書·郵便 및 電信電話의 秘密, 所有權 또는 亡命者此護權을 自由民主的 基本秩序를 攻擊하기 위하여 濫用하는 경우에는 이들 基本權을 喪失한다. 喪失과 그 程度는 聯邦憲法裁判所가 宣告한다」(基本法 第18條 2項).

基本權喪失制度는 西獨基本法에서 最初로 導入되었으며 이제까지는 한 件의 判決도 없었다.<sup>(87)</sup> 提訴는 聯邦議會와 聯邦政府 또는 支邦政府에서만 할 수 있다. 議會議員의 경우에는 議會免責特權에 관한 規定에 따라 聯邦議會的 同意가 있는 뒤에야만 節次를 開始할 수 있다.

이 判斷은 口頭審理를 한 뒤에 部の 構成員의 2/3 이상의 多數決이 요구된다. 裁判所가 基本法 第18條의 前提가 있다고 인정한다면 어떠한 基本權이 喪失되는가를 確定한다. 이 基本權의 喪失은 일정한 期間 동안, 最少限 1年の 期間을 定하여 宣告된다. 이 裁判은 宣言의인 것이 아니라 創設의 效力을 가진다.<sup>(88)</sup>

### (3) 聯邦大統領의 彈劾決定

「聯邦議會 또는 聯邦參議院은 基本法 또는 其他的 聯邦法律의 故意的인 違反에 대하여 聯邦大統領을 聯邦憲法裁判所に 彈劾訴追할 수 있다. 訴追提起의 議決은 聯邦議會議員의 3分の 2 以上 또는 聯邦參議院의 議員의 3分の 2 以上の 贊成을 必要로 한다. 訴追는 訴追機關의 受託者에 의하여 代表된다. 聯邦憲法裁判所는 聯邦大統領이 基本法 또는 其他的 聯邦法의 故意的인 違反에 관하여 有責이라고 確定한 경우에는, 聯邦大統領에 대하여 그 職의 喪失을 宣告할 수 있다. 聯邦憲法裁判所는 訴追의 提起後 假處분에 의하여 大統領의 職務執行을 停止하는 것을 定할 수 있다」(基本法 第61條).

聯邦憲法裁判所는 口頭審理를 한 뒤에 聯邦大統領의 基本法과 特定한 聯邦法律違反의 故意的인 侵害를 確定한다. 彈劾決定에는 部の 構成員의 3分の 2 以上の 贊成을 要한다. 基本法은 長官彈劾을 인정하지 않고 있다.

### (4) 聯邦法官의 彈劾決定

「聯邦法官이 그 職務執行에 있어서나 職務以外에 있어서나 基本法의 原則이나 聯邦의 憲法的 秩序에 違反한 경우에는 聯邦憲法裁判所는 聯邦議會的 請求에 따라 3分の 2 以上の 多數로 그 法官의 轉職 또는 退職을 命할 수 있다. 故意的인 違反의 경우에는 免職을 인정할 수 있다」(基本法 第98條2項). 「支邦도 支邦法官에 대하여 第2項에 準하는 規定을 할 수 있다. 現

(87) 한 件이 提訴된 적이 있으나 取下되어 失權判決을 보지는 못했다. BVerfGE, Bd. 11, S. 282.

(88) 基本權喪失制度에 관해서는 Dürig, Die Verwirkung von Grundrechten nach Artikel 18 des Grundgesetzes, JZ, 1952, S. 513ff; Gallwas, Der Mißbrauch von Grundrechten, 1967; Hartmann, Verwirkung von Grundrechten, AöR 95 (1970), S. 567ff; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, 1968; Willms, Staatschutz im Geiste der Verfassung, 1962.



行的 支邦憲法은 이에 影響을 받지 않는다. 法官의 訴追에 관한 決定은 聯邦憲法裁判所의 權限에 屬한다」(同 第5項).

聯邦憲法裁判所는 聯邦議會의 提訴에 따라 裁判한다. 口頭審理는 義務의이다. 判決은 無罪, 다른 職으로의 轉職, 退職을 命할 수 있다. 判事에게 不利한 決定에는 關與部法官의 3分の 2 이상의 贊成이 요구된다. 法官에 대한 彈劾은 이제까지 別로 없었다.

## 6. 其他의 權限

이 밖에도 聯邦憲法裁判所는 基本法和 法律에 根據한 權限이 인정되고 있다. 그 중요한 것으로는 ① 選舉審查權 ② 國民投票審查權 ③ 支邦憲法裁判所의 判決에 대한 審査가 있다.

### (1) 選舉審查

聯邦議會選舉의 效力에 대한 決定權은 聯邦議會에 있다. 聯邦議會는 議會議員의 資格喪失에 대해서도 決定한다. 그러나 이 聯邦議會의 決定에 대해서는 聯邦憲法裁判所에 提訴할 수 있다. 選舉의 效力에 대한 決定이나 聯邦議會議員의 議員職喪失決定에 대해서는 1個月以內에 聯邦憲法裁判所에 提訴할 수 있다. 提訴權者는 議員職이 問題되고 있는 議員과 聯邦議會에 대한 請求가 棄却된 選舉權者와(100名의 有權者와 連署下에), 聯邦議會의 院內交涉團體와 議員의 10分の 1 以上이다. 提訴가 있으면 聯邦憲法裁判所는 選舉審查에 있어 選舉法의 違憲與否도 審査할 수 있다.<sup>(89)</sup> 聯邦憲法裁判所의 判決은 提訴者나 選舉權者의 權利追求를 위한 것이 아니고, 聯邦議會의 正當한 構成이 行해졌느냐의 決定을 위한 客觀的 節次이다.

### (2) 國民投票審查

1955年 12月 23日의 聯邦領域의 再編成에 있어서의 國民發案과 國民決定에 관한 法律은, 國民發案의 許可申請에 관한 內務部長官의 決定과 國民投票의 結果와 效力에 관한 聯邦議會의 決定에 대하여 提訴할 수 있게 하였다. 이 法에 따르면 國民決定의 結果와 效力에 관한 聯邦議會의 決定에 대해서도 再審査할 수 있게 한 점에 重要性이 인정되고 있다.

### (3) 支邦憲法裁判所의 判決에 대한 審査

「支邦의 憲法裁判所가 基本法의 解釋에 있어서 聯邦憲法裁判所 또는 다른 支邦憲法裁判所의 決定과 意見을 달리하려고 할 때에는 憲法裁判所는 聯邦憲法裁判所의 決定을 求하지 않으면 안된다」(基本法 第100條 3項).

이는 憲法裁判所들의 基本法에 대한 解釋을 統一하기 위하여 인정되고 있는 權限이다.<sup>(90)</sup> 憲法裁判所가 다른 判決에 구속되지 않아 相互 背馳할 수 있기 때문에<sup>(91)</sup> 提請(Divergenz-

(89) 상세한 것은 *Laufer, Verfassungsgericht und politischer Prozeß*, SS. 551-584.

(90) 상세한 것은 *Maunz*, Rdnr. 48 zu Art. 100, in *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, a.a.O.

(91) 상세한 것은 *Friesenhahn, Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Bd. I, SS. 748-800.

vorlage)을 하게 하여 聯邦憲法裁判所の 決定에 따라 判決하게 하고 있는 것이 特色이다.

### 7. 憲法裁判權의 限界

聯邦憲法裁判所の 權限은 基本法과 聯邦法律에 의하여 규정된 것에 限定된다. 따라서, 憲法規範의 內容과 그 精神에 憲法裁判所の 解釋에 대한 限界가 그어진다.<sup>(92)</sup> 憲法裁判所는 그의 決定을 憲法の 決定에 代置할 수는 없는 것이다. 憲法裁判所の 裁判權은 本法 第24條에 의하여 國際機關에게 主權이 移讓된 경우에는 이에 미치지 않는다.<sup>(93)</sup>

憲法裁判所는 裁判에 있어서 政治的 問題에 관하여 自制(self-restraint)를 하여 왔으며 提請에 의해서만 裁判하고 있어 司法機關으로서의 限界를 인식하고 있다.

(92) G. Müller, Die Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit für das Verständnis des Grundgesetzes, Das Parlament, 19. Jg. Nr. 20 vom 17. Mai 1969, S. 16.

(93) 憲法裁判의 限界에 대해서는 Kaufmann, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) Bd. 9 (1952), S. 1-16; Drath, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL, Bd. 9 (1952), S. 17-116 참조.