creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

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

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

정치학석사 학위논문

헌법불합치 결정과 의회 내 규범의 진화

2020년 2월

서울대학교 대학원

정치외교학부 정치학전공

홍 순 건

국 문 초 록

본 연구는 헌법재판소의 헌법불합치 결정에 대한 의회의 반응을 분석한다. 헌법재판은 국민의 기본권을 최후로 보장하는 기능을 수행하며, 공권력의 행사에 헌정주의를 담보하는 제도이다. 민주화 이후 재도입된 헌법재판소는 법률의 위헌 여부를 판단하는 가운데, 헌법재판소법이 규정하지 아니한 심판 방법인 헌법불합치 결정을 비롯한 변형 결정을 도입하여 위헌 심사의 방법을 다양화 하였다. 이러한 변형 결정 방식의 도입은 의회로 하여금 보다 합헌적인 방향으로 입법을 하도록 촉진하였고, 궁극적으로는 한국 헌정주의 발전에 기여하였다고 평가되고 있다.

본 연구는 현재까지 30여 년 간 유지되어 온 한국의 헌법재판 제도에서 헌법불합치라는 특별한 변형 결정에 주목하여, 변형 결정의 채택이 구체적으로 한국의 헌정주의에 어떠한 기여를 하였는지에 관한 질문에서 시작한다. 흥미롭게도 연구 과정에서, 의회는 헌법불합치 결정의 대상이 되었던 상당수의 법률을 그 결정 취지에 부합하게 개정하고 있음을 확인할 수 있었다. 이를 통해 알 수 있는 함의는 헌법기관 사이에 헌법과 법률이 규정하지 아니한 하나의 암묵적인 제도가 운영되고 있다는 것이다. 헌법재판소와 의회 내에 오스트롬(Ostrom)이 내면화된 규범이 진화한 것으로 해석할 수 있다. 본 연구에서는 내면화된 규범을 의회 내 집단적인 차원에서 규범이 형성되었다는 의미에서 이를 공유된 규범이라고 정의한다. 즉, 헌법불합치 결정이 내려진 법률에 대하여 의회가 암묵적으로 '헌법재판소의 결정을 존중하여 그 취지에 따라 법률을 개정하여야 한다.'는 생각에 동의하고 있고, 이를 준수하여야 한다는 인식이 형성되었다면, 의회 내에 이른바 공유된 규범

이 자리 잡았다고 말할 수 있다.

오스트롬에 따르면, 어떠한 제도가 탄생하였을 때, 그 제도의 설계자 또느 운영자가 예상하지 못 했던 제도의 빈틈을 내면화되 규범으로 자연스럽게 채움으로써, 그 제도는 보다 성공적으로 정착한다고 말한다. 본 연구는 이러한 점에 착안하여 헌법불합치 결정문의 내용과 이에 대응하는 의회의 반응을 집합적, 통시적인 관점에서 의회 내에 공유된 규범이 어떻게 형성이 되었는지 살펴본다. 궁극적으로, 공유된 규범이 한국의 헌정주의 발전에 기여하였다고 결론을 내릴 수 있는지 검토하며서, 헌법불합치 결정의 정치적 기능과 의미는 무엇이 있는지 제언한다.

주제어 : 헌법불합치, 개정 촉구 신호, 헌정주의, 권력분립, 사법적극주의, 공유된 규범

학번 : 2012 - 22990

목 차

제 1 장 서 론 ····· 1

제 1 절 문제 제기 ····· 1

제 2 절 연구 질문 ····· 8

제 3 절 선행 연구 및 이에 관한 이론적 검토 ····· 8

3. 1. 선행 연구 ····· 8

3. 1. 1. 한국 헌법재판과 헌정주의와의 관계에 관한 검토 ····· 9

3. 1. 2. 사법적극주의와 권력분립의 원칙에 관한 검토 ····· 12

3. 1. 3. 제도의 보완 - 의회의 입법 동인에 관한 검토 ····· 21

3. 2. 선행 연구의 한계점 ····· 25

3. 3. 본 연구의 의의 ····· 26

제 4 절 논문의 구성 ····· 27

제 2 장 연구 자료, 방법 및 이론적 분석틀 ····· 28

제 1 절 연구 자료 ····· 28

1. 연구 자료 ····· 28

1. 1. 헌법재판소 결정문 ····· 29

1. 2. 국회 상임위원회 회의록, 본회의 회의록 등 ····· 30

제 2 절 연구 방법과 이론적 분석틀 ····· 31

2. 연구 방법 ····· 31

2. 1 개념의 정의 : 공유된 규범 ····· 31

2. 2. 1. 이론적 분석틀 ····· 33

2. 2. 2. 가설 1 및 가설 2의 구체적인 연구 방법 ····· 34

제 3 장 헌법재판소의 위헌 결정 개관 ····· 36

제 1 절 헌법재판소의 위헌 결정의 개념 및 종류 ····· 36

1. 1. 헌법재판소의 위헌 결정의 개념 ····· 36
1. 2. 헌법재판소 위헌 결정의 종류 ····· 37
1. 2. 1. 단순 위헌 결정의 형태 ····· 37
1. 2. 2. 변형 결정의 의미와 형태 ····· 38
1. 3. 독일, 오스트리아의 헌법불합치 결정에 관한 입장 ····· 41
제 2 절 헌법불합치 결정의 법적 효력 ····· 43
2. 1. 일반 법률 ····· 44
2. 1. 1. 헌법불합치 적용중지 ····· 44
2. 1. 2. 헌법불합치 잠정적용 ····· 44
2. 2. 형벌 법률 ····· 45
2. 3. 개정 촉구 신호 ····· 46
제 3 절 헌법불합치 결정의 현황 ····· 48
3. 1. 1. 헌법불합치 적용중지/잠정적용 결정 현황 ····· 48
3. 1. 2. 일반법률/형벌 법률에 관한 헌법불합치 현황 ····· 49
3. 2. 헌법불합치 결정 대상의 법률 개정 현황 ····· 50

제 4 장 헌법불합치 결정과 공유된 규범의 형성·진화 · 55
제 1 절 서 설 ····· 55
제 2 절 불안한 출발(초대 재판부)과 의회의 대응 시작 55
2. 1. 헌법불합치 결정의 시작 ····· 55
2. 2. 최초 헌법불합치 결정에 대한 의회 내 논의 과정 ·· 58
2. 2. 1. 의회의 의문과 반감 ····· 58
2. 2. 2. 헌정주의에 대한 인지 ····· 62
2. 2. 3. 행정부의 수용과 시간적 압박 ····· 65
2. 2. 4. 결정 내용에 대한 긍정 ····· 66
2. 3. 소결 : 의회의 완벽하지 않은 이해와 포용 ····· 67
제 3 절 2~3기 재판부의 헌법불합치 결정과 의회의 반응 ···· 68
3. 1. 2~3기 재판부의 헌법불합치 결정의 양상 ····· 68

3. 2. 의회의 느슨한 반응 ····· 73
3. 3. 의회 내 공유된 규범의 진화 ····· 77
제 4 절 4기 재판부 이후 진일보한 사법적극주의적 태도와 의회의 변화 ····· 85
4. 1. 보다 강한 헌법불합치 결정 태도로의 전환 ····· 85
4. 2. 신속한 헌정주의로의 회복 ····· 92
4. 3. 공유된 규범의 확립 ····· 98
제 5 절 보완된 헌정주의 ····· 106
5. 1. 개정된 법률에 대한 재심판 현황 개괄 ····· 106
5. 2. 헌법재판소의 합헌성 확인 ····· 108
제 6 절 소결론 : 헌법불합치 결정의 정치적 기능 ····· 113
6. 1. 헌정주의에 대한 인식의 강화 ····· 113
6. 2. 정치적 갈등 소지의 제거 ····· 114
6. 3. 의회에 대한 기능적 권력분립 실현 ····· 116

제 5 장 결 론 ····· 118

참고문헌 ····· 120
Abstract ····· 127

그 림 목 차

[그림 1] 헌법불합치 결정의 효과에 관한 연구 모델 ····· 32
[그림 2] 제도의 탄생 및 발전 과정에 대한 도식화 ····· 34

표 목 차

[표 1-1] 위헌법률심판제청 현황 ····· 2
[표 1-2] 청구사유별 헌법소원사건 현황 ····· 2
[표 1-3] 권리구제형 헌법소원의 청구 내용별 현황 ····· 3
[표 2] 헌법재판소와 의회 권력의 성격 비교 ····· 21
[표 3] 헌법불합치 결정수 (1988 9. 1. ~ 2019. 6. 30. 기준) ····· 29
[표 4] 헌법재판소법상 위헌 심판의 유형 ····· 37
[표 5] 헌법불합치 적용중지/잠정적용 사례 분류 ····· 48
[표 6] 헌법불합치 일반 법률/형벌 법률에 관한 헌법불합치 사례 분류 ····· 50
[표 7] 의회 별 헌법불합치 결정 법률 개정 현황 ····· 51
[표 8] 법률 개정 소요 시간에 관한 기술통계 ····· 52
[표 9] 2~3기 재판부 헌법불합치 결정 사례 ····· 68
[표 10] 2기 재판부 임기 중 14~15대 의회 당시의 헌법불합치 결정 사례 ····· 74
[표 11-1] 14대 의회 헌법불합치 등 용어 언급 빈도 ····· 76
[표 11-2] 15대 의회 헌법불합치 등 용어 언급 빈도 ····· 76
[표 12] 3기 재판부 임기 중 15~17대 의회 당시의 헌법불합치

결정 사례 ····· 78
[표 13-1] 16대 국회 헌법불합치 등 용어 언급 빈도 ····· 81
[표 13-2] 17대 의회 헌법불합치 등 용어 언급 빈도 ····· 81
[표 14] 4~6기 재판부 임기 중 헌법불합치 결정 사례 정리 ··· 85
[표 15-1] 4기 재판부 임기 중 17~18대 의회 당시의 헌법불합치 결정 사례 ····· 93
[표 15-2] 5기 재판부 임기 중 19~20대 의회 당시의 헌법불합치 결정 사례 ····· 96
[표 16-1] 18대 의회 헌법불합치 등 용어 언급 빈도 ····· 99
[표 16-2] 19대 의회 헌법불합치 등 용어 언급 빈도 ····· 99
[표 16-3] 20대 의회 헌법불합치 등 용어 언급 빈도 ····· 100
[표 17] 헌법불합치 결정을 받은 심판대상법률의 재심판 사례 ··· 107
[표 18] 헌법불합치 결정을 받았던 심판대상법률의 재심판 결과 ···· 109

제 1 장 서론

제 1 절 문제 제기

대통령 탄핵, 양심적 병역거부, 낙태죄 처벌에 관한 심판 등 최근 헌법재판소의 여러 결정에 비추어 보면, 헌법재판소가 정치적 결정자로서 그 역할이 상당하다는 점에 대하여 그 공감대가 형성되고 있다. 그러나 현재와는 달리, 1987년 9차 개정 헌법에 따라 설립된 헌법재판소는 그 시작이 순조롭지 않았다. 개헌 이후 2년이 지난 1988. 9. 1.이 되어서야 비로소 헌법재판소법이 시행되었고, 헌법재판소법이 시행되었음에도 당시에 헌법재판관이 임명되지도 않았으며, 심지어 헌법재판소 건물도 준비되지 아니하였다(헌법재판소 2018). 주변의 시선도 그러하였다. 유신헌법과 제5공화국 헌법에서 정하고 있던 헌법위원회처럼 헌법재판소 역시 별 다른 기능을 하지 못 할 것이라는 부정적인 시각이 팽배했다(함재학 2011). 그러나 이러한 비관적인 예상을 뛰어넘어, 아래 [표 1-1], [표 1-2], [표 1-3]에서 보는 것과 같이 오늘날까지 약 30여 년 동안 헌법재판소는 2017. 12. 31.자 기준으로 약 1,000건에 달하는 위헌법률심판을 행하였다. 이 이외에도 여러 공권력의 절차, 과정, 결과에 활발하게 헌법적 판단을 내렸다.

한국의 헌법재판 제도는 법률상 위헌법률심판, 위헌심사형 헌법소원이 허용될 뿐만 아니라 헌법재판소가 스스로 선언한 '법률에 관한 직접적인 권리구제형 헌법소원(이른바 법령헌법소원)[1]'을 허용함으로

1) 공권력 행사의 일종이라고 할 입법 즉 법률 자체에 의한 기본권침해가 문제가 될 때에는 일반법원에 법령자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 제소하는 길은 없어, 구제절차가 있는 경우가 아니므로, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 구제절차를 모두 거친 후에 헌법소원을 내야하는 제약이 따르지 않는 이른바 보충성의 예외적인 경우라고 볼 것이다(헌법재판소 1989. 3. 17. 선고 88헌마1 결정 등).

써, 헌법재판소에 3가지 방향에서 법률의 위헌 심사가 가능하다. 아래 표들에서 확인할 수 있듯이, 30여 년 동안 6,000건이 넘는 위헌심사형 헌법소원심판, 4,000건이 넘는 입법권에 관한 권리구제형 헌법소원심판이 이루어졌다. 이로써 총 10,000건이 넘는 입법권에 대한 헌법재판을 통해 헌법재판소는 그 역할을 충실히 이행하여 왔다.

[표 1-1] 위헌법률심판제청 현황 (1988. 9. 1. ~ 2017. 12. 31. 기준)

구 분	접수	처리								미제
		계	위헌	헌법불합치	한정위헌	한정합헌	합헌	각하	취하 등	
계	940	880 <324>	274 <252>	59 <45>	18 <13>	7 <14>	330	69	123	60
법원 직권 신청	359	342 <112>	119 <104>	9 <6>	2 <2>		83	36	93	17
당사자 신청	581	538 <212>	155 <148>	50 <39>	16 <11>	7 <14>	247	33	30	43

* 처리란의 <>는 심판법률대상조문의 숫자를 의미함

[표 1-2] 청구사유별 헌법소원사건 현황 (1988. 9. 1. ~ 2017. 12. 31. 기준)

구분	접수	처리											미제
		결정										취하	
		합계	계	위헌	헌법불합	한정위헌	한정합헌	인용	합헌	각하	기타		

					치								
계	32,171	31,322	30,559<316>	306<166>	130<96>	52<39>	21<15>	625	2,101	20,044(18,195)	10	763	849
권리구제형 헌법소원	25,721	25,211	24,566<141>	104<80>	59<16>	20<16>		625	4	16,476(14,961)	8	645	510
위헌심사형 헌법소원	6,450	6,111	5,993<175>	202<86>	71<23>	32<23>	21<15>		2,097	3,568(3,234)	2	118	339

※ * 결정란의 <>는 심판대상법률조문의 숫자를 의미함.

** 헌법소원심판사건 중 지정재판부의 처리건수는()안에 기재하고 본란의 숫자에 합산표시 처리함.

*** 법령에 대한 권리구제형 헌법소원심판사건이 인용된 경우에는 그 내용에 따라 위헌, 헌법불합치, 한정위헌 등으로 분류함

[표 1-3] 권리구제형 헌법소원의 청구 내용별 현황 (1988. 9. 1. ~ 2017. 12. 31. 기준)

구분		접수	처리												
			합계	결정										취하	미제
				계	위헌	헌법불합치	한정위헌	한정합헌	인용	합헌	기각	각하	기타		
입법권	합계	25,721	25,211	24,566	104	59	20		625	4	7,270	16,476	8	645	510
	계	4,432	4,297	4,183	89	52	16		5	3	785	3,233		114	135
	법률	4,156	4,030	3,919	89	52	16		2	3	771	2,986		111	126
	부작위	255	246	243					3		11	229		3	9

	결의,절차 등	21	21	21							3	18			
행정권	계	16,863	16,552	16,064	12	7	3		620	1	6,438	8,976	7	488	311
	행정처분 등	2,708	2,660	2,529		1			39	1	147	2,337	2	131	48
	부작위	362	354	339					6		4	329		15	8
	불기소처분	12,965	12,739	12,442					575		6,150	5,714	3	297	226
	행정입법	769	742	701	10	3	3				121	562	2	41	27
	자치입법	59	57	53		3					16	34		4	2
사법권	계	2,625	2,576	2,560	2		1				36	2,520	1	16	49
	재판	2,399	2,350	2,347			1				30	2,315	1	3	49
	부작위	60	60	59	1							58		1	
	재판이외 처분	128	128	124								124		4	
	사법입법	38	38	30	1						6	23		8	
기타		1,801	1,786	1,759	1						11	1,747		27	15

그렇지만 헌법재판소가 지금까지 수행하여 온 역할에 대하여 긍정적인 평가만 있던 것은 아니다. 선거에 따라 민주적 정당성을 갖춘 의회가 제·개정한 법률을 헌법재판소가 위헌 선언을 하여, 그 법률을

무효화하는 것이 과연 민주주의적 관점에서 납득할 수 있는가(함재학 2011; 강정인 2008; 김종철 2005)? 현재까지도 이 근본적인 질문에 명쾌한 답이 제시되지 않은 채, 찬반 논쟁만 이어지고 있다. 더욱이 심판대상법률에 합헌성과 위헌성이 혼재하는 경우, 그 법률에 대한 단순 위헌 결정은 정치적 갈등을 증폭시킬 우려가 크고, 그 결정의 정당성을 의심받게 될 것임은 분명하다.

사실 헌법재판소도 개소 초기부터 이에 대한 고민이 없었던 것은 아니었다. 아래와 같이 헌법재판소의 입장을 파악할 수 있는바, 헌법재판소는 1989. 9. 8. 처음으로 국회의원선거법 제33조, 제34조에 관한 헌법불합치 결정을 선고하면서, 결정 이유에 다음과 같이 기재하였다[다수의견(7인) : 재판관 조규광, 이성렬, 한병채, 이시윤, 최광률, 김양균, 김문희].

"(헌법불합치 결정)은 국회의 권위를 존중하고 국민대표기관으로서의 본질적 기능을 보장하기 위해서이다. 법률의 개폐는 원칙적으로 국회의 입법형성권에 의해 이루어지는 것이 헌법상의 권력분립 원칙에 합치된다. 따라서 국회 스스로가 보통, 평등 선거제도와 참정권의 본질에 반하는 선거법을 헌법정신과 사회현실을 종합하여 합리적으로 개정하여, 국민의 기본권을 수호하는 국민의 진정한 대변자로서의 기능을 수행할 수 있게 국회의 권위와 지위가 보장되어야 한다. 이것이 의회민주주의 국가에 있어서 법적 정의와 법의 합목적성을 확보하는 가장 합리적이고 객관적인 방법일 뿐만 아니라, 법치주의 국가에 있어서 요구되는 법적 안정성을 보장하는 길이라고 판단된다. 국회의원선거법 제33조 제1항은 동조 제2항, 제3항과, 동 제34조는 동 제35조와 불가분의 관계가 있고 직접 또는 간접으로 선거법의 다른 조항과

연관이 되어 있으므로 차제에 불합리한 관계 규정들과 함께 정리되어야 할 선거관계 법률이다. 때문에 그 제정과 개정은, 다른 일반법률보다도 더욱 국회가 스스로 위헌성을 제거하고 국민주권 행사의 실질적 보장과 보다 민주적인 선거가 되도록 관계조문을 체계적으로 조정하는 것이 동법의 기본성격과 국회의 본질적 기능에 맞는다고 본다. 그러므로 의회 민주정치의 기본 구도에 크게 영향을 미칠 국회의원선거법은 국회 스스로가 민의의 소재와 정치적, 경제적, 사회적 현실여건을 충분히 고려하여, 국민주권의 행사를 실질적으로 헌법정신에 맞게 현실화시키는 방향으로 개선하여 나아가는 것이 가장 합리적이라고 보고 주문과 같이 결정하는 것이다. … (중략) … 단순위헌의 결정을 하여 그 결정이 있은 날로부터 법률의 효력을 즉시 상실하게 하는 하나의 극에서부터 단순합헌의 결정을 하여 법률의 효력을 그대로 유지시키는 또 하나의 극 사이에서, 문제된 법률의 효력 상실의 시기를 결정한 날로부터 곧바로가 아니라 새 법률이 개정될 때까지 일정기간 뒤로 미루는 방안을 택하는 형태의 결정주문을 우리는 '헌법에 합치되지 아니 한다'로 표현하기로 한 것이다."[2)]

위 결정 내용을 정리하면, 헌법불합치 결정의 목적은 법률조항에 위헌성이 있어도 의회의 입법형성의 자유를 존중하고, 단순 위헌 결정으로 인하여 초래될 법적 공백상태 내지 혼란을 방지하기 위한다는 것이다. 헌법불합치 결정이 내려질 때에는 헌법불합치 결정을 받은 법률을 의회가 개정하라는 이른바 법률 개정 촉구 결정도 수반되기도 한다. 헌법불합치 결정 이후 의회가 법률을 개정하지 않고 방치하면, 국민들에게 위헌적인 법률을 계속 적용하는 것이 되어 이는 헌정주의

2) 헌법재판소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 결정

가 용인할 수 없는 상황이기 때문이다. 헌법재판소도 이러한 점을 반영하여 결정문의 이유에 아래와 같이 기재하였다. 최초의 헌법불합치 결정에서도 의회가 헌법불합치 결정 이후 실제로 법률을 개정하지 않고 방치하여 위헌적인 상태가 방치될 상황을 염두에 두었기 때문에, 아래와 같이'개정 입법 시한'까지 두어 의회가 조속히 위헌 법률을 개정하도록 의사를 표현하였다. 즉, 헌법재판소는 위와 같은 표현으로 궁법률의 합헌성 회복(헌정주의의 제고)시킬 궁극적인 역할은 의회에 있음을 강조하였다고도 할 수 있다.

"…… (전략) 헌법재판소법 제45조에 근거하여 한 변형재판에 대응하여 위헌법률의 실효 여부 또는 그 시기도 헌법재판소가 재량으로 정할 수 있는 것으로 보아야 하며 이렇게 함으로써 비로소 헌법재판의 본질에 적합한 통일적, 조화적인 해석을 얻을 수 있는 것이다. …(중략)… 헌법재판소법 제47조 제2항에 따라 위헌결정이 있는 날로부터 그 효력을 상실한다고 하여야 할 것이나, 다음과 같은 이유로 이 법조항을 개정할, 늦어도 1991년 5월말까지 계속 적용될 수 있게 불합치 판결을 하는 것이 타당하다고 판단되어 주문과 같은 변형판결을 하는 것이다."

이에 본 연구는 헌법재판소의 헌법불합치 결정 이후에 과연 의회의 반응 양상에 주목하였다. 헌법불합치 결정에 따라 의회가 적절히 심판대상법률을 개정하고 있다면, 그만큼 한국의 헌정주의는 발전하는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 한편 의회가 법률 개정을 제대로 하지 않는다면, 헌법불합치 결정의 목적이 달성되지 않게 되어, 헌정주의의 가치가 훼손될 우려가 있다는 점을 시사할 것이다. 따라서 본

연구는 헌법불합치 결정과 의회의 반응으로서 법률 개정에 관한 분석을 통해 심층적인 의미를 밝힌다.

제 2 절 연구 질문

본 연구는 헌법불합치 방식의 채택이 결과적으로 한국의 헌정주의 발전에 기여하였는지 확인하는 것을 궁극적인 목적으로 한다. 헌법과 헌법재판소법은 변형 결정 방식을 규정하지 않았다. 따라서 헌법재판소가 변형 결정 방식 중에 하나인 헌법불합치 결정을 할 수 있다는 제도 차원에서의 정당성은 없다. 따라서 헌법불합치 결정을 의회가 받아들인다는 내면적인 규범으로서 공유된 규범이 형성·진화하지 못하였다면, 헌법불합치 결정은 아무런 정치적 효과를 달성하지 못하였을 것이다. 본 연구는 이러한 점에 주목하여, 헌법불합치 결정이 의회에 심판대상법률을 개정하여야 한다는 점에 관한 공유된 규범을 어떻게 진화·형성하였는지, 헌법불합치 결정 내용과 의회의 회의록을 통시적인 관점에서 살펴보면서, 그 해답을 찾아본다.

제 3 절 선행 연구 및 이에 관한 이론적 검토

3. 1. 선행 연구

다음 장의 연구 방법과 분석틀을 설정하기 위해 필요한 선행 연구 검토는 다음과 같다. ① 헌법재판과 헌정주의에 관한 논의, ② 사법적 극주의와 권력분립에 관한 담론, ③ 제도의 보완 - 입법의 동인(動因)

에 관한 선행 연구를 진행하였다. 이 절에서는 각각의 선행 연구를 통해서 이론적인 차원에서 본 연구에 주는 시사점과 선행 연구의 한계점을 지적한다.

3. 1. 1. 한국 헌법재판과 헌정주의와의 관계에 관한 검토

헌정주의라는 말은 일반적으로 법에 의한 지배, '입헌주의', '법치주의'와 같은 개념으로 이해되고 있다. 근대 이후의 헌정주의는 헌법적 근거에 따른 공권력 행사, 권력분립 그리고 제도가 국민의 기본권 보장의 추구를 핵심적인 요소로 삼고 있다(박성우 2006). 민주주의 정치체제를 채택한 대부분의 국가는 헌정주의를 국가가 달성하여야 할 하나의 목표로 두고 있다(박성우 2006). 그런데 헌정주의로 대표되는 헌법적 해석 및 그 해석에 따른 공권력 작용은 민주주의의 개념과 충돌할 수 있는 가능성이 상존한다. 이에 민주주의와 헌정주의가 양립할 수 있는지에 관하여 담론적인 차원에서 서로 모순적이라고 보는 견해(Dahl 1957)와 상호보완적으로 이해하는 견해(박성우 2006)가 대립하고 있다. 이러한 논의를 바탕으로 보면, 한국에서 민주주의와 헌정주의가 서로 충돌하고 있는지, 상호보완적인지 그 여부를 경험적으로 드러내주는 대표적인 제도가 헌법재판이다. 이러한 문제가 극명하게 드러난 사건이 2004년 노무현 대통령의 탄핵 심판 절차였다. 이를 기점으로 한국 정치학은 헌법재판소에 많은 관심을 갖기 시작하였다. 헌법재판소는 뿐만 아니라 국방(양심적 병역거부 사건), 경제(금융실명법 사건), 젠더(낙태죄 사건), 언론(미디어법 사건), 선거(유권자 및 선거구 확정 문제), 교육(과외 금지 사건) 등 사회 전 분야에 관하여 헌법적 판단을 하면서, 사회의 각 분야에 관한 사법적 판단이 증폭되

고 있음이 강조되었다(진정현 2011).

한편, 헌법재판소의 정치적 문제에 대한 결단 현상에 주목하여 정치의 사법화, 이로 인한 민주주의의 위기와 같은 담론적인 차원에서의 연구도 진행되었다(김현진 2018). 민주화 이후에 민주주의로의 이행 과정에 수반되는 체제 변화 속에서 헌법재판소가 등장하였고, 사법권의 전반적인 권력이 증가하고 있음을 부정할 수 없다는 점에 대하여는 현재 이론의 여지가 없다(Tom Ginsburg 2003). 다만 이러한 현상에 어떠한 가치 평가를 하는가에 관한 견해는 극명하게 갈린다. 대의정치의 관점에서 현재까지 진행되어 왔던 헌법재판소의 결정을 분석하면서 정치의 사법화 현상에 대하여 기존의 우려가 그렇게 큰 것은 아니라고 평가하면서(김현진 2018), 공동체가 동의한 헌법적 가치를 구현하기 위한 헌법에 입각한 통치구조라고 입헌주의의 개념을 상정하는 관점(Jan Erik Lane 1996)에서는 정치의 사법화 현상을 헌정주의에 대한 공고화 과정에서 발생하는 현상으로 설명한다(김종철 2005). 한편, 헌법재판소의 정치적 문제에 대한 개입은 민주주의에 대한 커다란 위기이자 극복하여야 할 문제로 상정하면서(박명림 2005), 정치의 사법화는 법 해석권한을 사법권력이 독점하는 효과를 낳게 되어 오히려 법의 지배라는 정치원리를 형해화할 수 있을 뿐만 아니라 대의제 민주주의의 존립을 위협할 수 있다고 경고하는 견해도 있다(오승용 2010). 그리고 의회와 정당의 활성화를 통해 정치의 사법화의 문제를 극복하자는 견해(채진원 2011), 정치적 사안에 관하여는 헌법재판소가 실제적인 가치 판단을 하는 것은 자제하여야 한다는 견해(전종익 2015)도 제시되었다.

여기서 먼저 짚어볼 개념으로 정치의 사법화란 광범위한 권력 장치의 자율화 과정에서 생겨나는 국가의 주요한 정책결정이 정치과정이

아닌 사법과정으로 해소되는 현상을 말한다(김종철 2005). 헌법재판 및 이로 인하여 발생하는 정치의 사법화에 관한 논의는 고전적인 사법작용에 비해 그 역사가 길지 않다. 헌법재판의 태동으로 일컬어지는 마베리 대 메디슨(William Marbury v. James Madison) 사건[3] 이후로 정치의 사법화에 관한 논의는 미국에서부터 발전되어 왔다. 정치의 사법화에 관한 논의는 그 이후 최근 헌법재판 제도를 가지고 있는 여러 국가에서 확대·재생산 되고 있다(Ran Hirschl 2006; Posner 2005). 테이트는 서구 유럽의 여러 국가 등 사법 권력의 팽창을 지적하면서 일차적으로 정치의 사법화 현상이 민주주의 확산과도 관련이 있다고 설명하기도 하였다(Tate 1995). 정치의 사법화 현상에 부합할 수 있는 국회의원과 국회의장 사이의 여러 헌법재판 사건을 분석하면서 헌정주의를 정치과정의 헌법화를 추구하는 과정으로 이해한다면 정치의 사법화는 필연적인 현상으로 바라보아야 하며, 정치권이 다양한 사회적 요구에 부응한 정책 형성에 수반된 갈등을 헌법재판이라는 또 다른 수단으로 역할을 해결할 수 있다면, 정치의 사법화는 대의민주주의를 보완할 수 있다고 보는 견해(차동욱 2016)와 헌법재판은 위헌적 국가권력의 행사를 통제하고, 전통적인 권력분립의 개념을 확장하며, 소수자의 인권보호를 통해 다원적인 민주주의의 이상을 구현한다는 해석론적인 근거를 핵심적으로 들면서 헌법재판소의 긍정적인 기능에 대하여 역설한 견해도 있다(윤정인, 김선택 2015).

이 부분에 관련된 선행 연구들은 개별적인 사건을 중심으로 헌법재판이 헌정주의 가치에 긍정적인 또는 부정적인 역할을 하고 있다고 역설할 뿐이고, 헌법재판에 관련된 자료들을 집합적인 차원에서 분석

3) Marbury v. Madison, 5. U.S. 137 (1803), 미국 연방대법원(마셜 법관)이 1803. 2. 24. 미국 연방헌법의 규정 없이 연방헌법 제3조로부터 위헌법률심판에 관한 법리를 도출하여 법원법 제13조가 위헌 법률이라고 선언하였던 사건

한 연구는 없었다. 따라서 여러 자료를 집합적으로 살펴보면, 헌법재판이 헌정주의에 구체적으로 어떠한 역할을 하였는지 보다 객관적으로 파악할 수 있을 것이다.

3. 1. 2. 사법적극주의와 권력분립의 원칙에 관한 검토

이 부분에서는 사법적극주의와 권력분립의 원칙에 관한 선행 연구를 탐색함으로써 헌법불합치 결정을 본 연구의 대상으로 설정한 이론적 배경을 살펴본다. 헌정주의는 국가의 모든 통치행위가 헌법과 법률에 근거한 것으로 법이 공정하고 효과적으로 집행되게끔 강제하는 원리를 의미하며 이는 국가권력 행사에 대한 제한과 견제의 문제로서, 권력분립의 원칙과 도 관련이 깊다(Elster 1988). 정치의 사법화 현상의 한 측면으로 사법권력은 헌정주의의 기준에서 의회, 행정권력이 결정한 정치적 결과물을 사후적, 소극적 방식으로 긍정 또는 부정할 수 있게 되었다. 헌법재판소의 최근 낙태죄에 관한 결정에 관하여 아래와 같이 의회에 입법시 구체적으로 고려하여야 할 점까지 결정문에 기재하며 입법행위에 관여하고 있다.

"입법자는 위 조항들의 위헌적 상태를 제거하기 위해 낙태의 형사처벌에 대한 규율을 형성함에 있어서, 결정가능기간을 어떻게 정하고 결정가능기간의 종기를 언제까지로 할 것인지, 태아의 생명 보호와 임신한 여성의 자기결정권의 실현을 최적화할 수 있는 해법을 마련하기 위해 결정가능기간 중 일정한 시기까지는 사회적·경제적 사유에 대한 확인을 요구하지 않을 것인지 여부까지를 포함하여 결정가능기간과 사회적·경제적 사유를 구체적으로 어떻게 조합할 것인지, 상담

요건이나 숙려기간 등과 같은 일정한 절차적 요건을 추가할 것인지 여부 등에 관하여 앞서 우리 재판소가 설시한 한계 내에서 입법재량을 가진다."[4]

정치의 사법화 현상에 대한 긍정적인 입장은 입법권력과 행정권력이 언제나 진정한 민주주의적 가치를 실현하는 것이 아니라는 것이고, 사법권력은 가장 덜 위험하다(Alexander Hamilton외 2인 저, 김동영 역 1995)는 전제에 비대해진 행정권력의 정책 형성에 대한 견제수단이 요청된다는 점(권영성 2005)을 주된 근거로 삼고 있다. 다른 한편으로는 정치의 사법화 현상을 통하여 다른 권력에 헌정주의적 관념을 공고하게 심어줄 수 있다는 근거를 드는 견해도 있다(표시열 2005). 구체적으로 행정국가에서 행정권력의 개별 행정에 헌법적 인식에 대한 제고를 꾀하여 궁극적으로 입법, 행정행위의 합헌성을 도모할 수 있다는 것이다. 그러나 정치의 사법화 현상이 항상 만족스러운 결과만을 가져오는 것은 아니라는 의견도 있다. 정치에 대한 사법적 종속의 문제가 생길 수 있다는 점을 지적하기도 하고(김종철 2005), 경험적으로 증명되지 않은 현상에 대하여 사법권력의 독단적인 해석이 강요될 우려가 있음을 지적하기도 한다. 미국 연방대법원 펠릭스 프랑크푸르터(Felix Frankfurter) 대법관을 비롯한 여러 법실무가들도 정치의 사법화에 우려를 표하기도 하였다.[5] 입법권력과 행정권력은 민주주의 가치를 헌정주의 가치보다 앞세워 국가 목적의 적극적 실현을 위한 정치적 이해조정의 과정을 중심으로 실현하나, 사법권력은 이해조정의 과정에서 발생한 분쟁에 소극적으로 합법성의 준수 여부를 판단함으로써 분쟁을 해결함에 주목적을 두고 있다(김종

4) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 결정
5) Colgegrove v. Green 328. U.S 549, 556 (1946)

철 2005). 이 부분의 논의를 정리하면, 사법권력이 헌정주의적 판단으로 민주주의 가치에 입각한 정책 형성 행위보다 어디까지 앞세울 수 있는지, 즉 헌법재판소가 규범통제의 기능을 바탕으로 입법에 관여함을 어느 정도까지 허용할 것인가의 논의로 그 연결점을 찾을 수 있다.

이에 대한 논의는 사법적극주의와 사법소극주의의 논의로 연결된다. 과거의 사법적극주의와 사법소극주의의 개념은 사법권력이 ① 스스로 판단한 선례를 얼마나 부인할 수 있는지 또는 ② 헌법, 법률, 선례를 얼마나 유연하게 생각하는지에 관한 논쟁으로서 사법권력 내부에서의 태도에 관한 논의에 국한되었다(임지봉 2008). 그러나 근래 미국 헌법학계를 중심으로 이루어지는 사법적극주의, 사법소극주의에 관한 논의는 사법권력이 입법권력에 대하여 견제와 균형의 원리에 얼마나 충실하느냐를 중심으로 이루어지고 있다(임지봉 2008년).

사법적극주의는 사법권력이 적극적으로 정책 형성 과정에 개입하여야 한다는 입장이다. 이는 사법권력의 헌정주의에 바탕을 둔 정책적 판단에 신뢰를 부여하는 관점이며, 로버트 달도 이와 궤를 같이하여 정책 형성자로서 미국 연방대법원이 한 정책 결정은 불확실하나 효과적이라고 주장하였다(Dahl 1957). 한편, 사법소극주의는 의회, 행정권력이 형성한 정책에 헌법이 정한 한계를 일탈하거나 선례에 위반되는 것이 아니라면 그 결정을 우선적으로 존중하고 사법권력의 개별적인 판단은 자제하여야 한다는 입장이다(임지봉 2008년).

한국의 헌법재판소도 이와 같은 문제에 현재까지도 끊임없는 갈등을 겪어오고 있다. 이에 관한 한국 헌법재판소의 예시로서 상반된 예시를 제시할 수 있는데, 먼저 아래에서 보듯이 노무현 정부 당시 대통령의 국군 파병 결정에 관한 사법심사에서는 사법소극주의적 모습

을 보이며 심판 청구 내용에 대하여 위헌 여부의 판단을 전혀 하지 않았다.

"이 사건 파병결정은 대통령이 파병의 정당성뿐만 아니라 북한 핵 사태의 원만한 해결을 위한 동맹국과의 관계, 우리나라의 안보문제, 국·내외 정치관계 등 국익과 관련한 여러 가지 사정을 고려하여 파병부대의 성격과 규모, 파병기간을 국가안전보장회의의 자문을 거쳐 결정한 것으로, 그 후 국무회의 심의·의결을 거쳐 국회의 동의를 얻음으로써 헌법과 법률에 따른 절차적 정당성을 확보했음을 알 수 있다. 그렇다면 이 사건 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것임이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다. 이에 대하여는 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방치될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다."[6]

한편으로는 헌법재판소는 아래와 같이 신행정수도의건설을위한특별조치법위헌확인 사건에서는 성문헌법에 없는 '관습헌법'을 근거로 수도 이전에 관한 입법, 행정권력의 정책 결정 행위에 대하여 단순 위헌 결정을 내렸다. 이로써 대통령의 수도 이전에 관한 정책 결정을 모두 무효화하였는바, 헌법재판소는 전면적인 사법적극주의적 태도를 보이기도 했다.

---

6) 헌법재판소 2004. 4. 29. 선고 2003헌마814 결정

"우리 헌법의 기본원리인 법치주의의 원리상 대통령, 국회 기타 어떠한 공권력도 법의 지배를 받아야 하고, 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 데에서 나오는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이며, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권보장을 사명으로 하는 국가기관이므로, 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있다."[7]

위에서 본 헌법재판소의 극단적인 입장이 표시되었던 사례들과는 달리, 헌법재판소는 일반적으로 법률에 관한 심판에 있어서 헌법불합치라는 절충적인 방안을 통해 문제를 해결하고 있다. 그 사례로 헌법불합치 결정에서, 헌법재판소는 사법적극주의에 관한 논의에 대하여 충분히 인식하고 있으며 이를 반영하여 아래와 같은 이유를 기재하고 있다.

"헌법에 위반되는 부분과 그렇지 않은 부분을 명확히 구분하기 어렵고 그 구분 작업은 입법형성권을 가지는 국회에게 맡김이 상당하다. 이러한 경우에는 합헌 부분의 효력을 존속시키고 위헌 부분만 실효시키기 위하여 위헌 부분과 합헌 부분을 합친 전부에 대하여 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하면서 위헌 부분의 개선입법을 촉구함이 상당하다."[8]

---

7) 헌법재판소 2004. 10. 21. 선고 2004헌마554 등 결정
8) 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2008헌가15 결정, 헌법재판소 2012. 8. 3. 선고 2010헌바167 결정 등

즉, 사법적극주의에 관한 위 논의들을 종합하여 본다면 헌법불합치 결정의 방식은 의회에 대한 견제와 존중을 동시에 꾀함으로써 의회와의 극단적인 긴장 관계를 피하는 것으로 이해할 수 있고, 한편으로는 제도적인 관점에서는 헌정주의와 민주주의의 조화를 추구하는 모습으로 파악할 수 있다.

논의의 평면을 바꾸어, 권력분립의 원칙과 헌법재판의 관계에 관한 선행 연구를 언급한다. 현대 사회에는 사회 전반에 파편화된 권력을 일련의 제도화된 과정을 통해 통합해가는 권력현상이 발생하면서, 국가기능이 일의적이고 효율적으로 발휘되어야 할 필요성이 커졌다(차동욱 2006). 기존의 권력분립의 개념을 확장한 새로운 권력분립의 개념이 유럽의 법학을 중심으로 제기되었는데, 과거에 주목을 받았던 의견으로 뢰벤슈타인의 '동태적 권력분립론'과 캐기의 '포괄적 권력분립론'(계희열 2002)이 제시되었다(차동욱 2006). 국가기관의 각 역할의 공통된 목표는 효율적인 국가기능의 수행 및 이를 통한 국민 개개인의 기본권 보호, 신장에 있기 때문에 권력분립의 개념을 과거의 형식적 분리의 개념만으로 설명할 수 없고 하면서, 현재에는 권력분립의 개념을 획일적으로 입법, 행정, 사법의 개념을 나누는 것이 아니라, 기능적 권력분립에 입각하여 권력분립의 원칙을 설명하여야 한다고 주장하였다(Loewenstein 1938).

뢰벤슈타인의 동태적 권력분립론이 흥미로운데, 이 견해는 우선 입법, 행정, 사법이라는 정태적인 개념에서 권력분립을 접근할 것이 아니라, 정책결정, 정책집행, 정책통제라는 세 가지 개념으로 나눈다. 그 다음으로 정책결정은 입법행위 뿐만 아니라 행정권력에 의한 행정입법 등 다양한 층위의 기관에서의 결정, 정책집행은 행정행위뿐만 아니라 국민에 대한 사법작용 등의 개념으로 표현될 수 있고, 정책통제

에는 의회해산, 위헌법률심사, 탄핵 등 한 헌법기관이 다른 헌법기관을 통제할 수 있다는 것을 의미한다고 설명하였다(Loewenstein 1938). 현재의 권력분립의 개념은 단순히 권력을 분할하여 획일적으로 특정 권력을 어떤 국가기관의 고유한 기능으로만 절대적으로 보장하겠다는 것이 아니라, 국가기관의 권력 간의 견제와 균형을 통하여 국민의 권리를 보호하는 자유 보장적 측면 이외에 국가의 기능을 상이한 기능 주체에 귀속시킴으로써 각 국가기관에 독자적인 활동 및 결정 영역을 분배한다는 기능적 측면을 아울러 가지고 있음을 의미하는 것으로 이해할 수 있다(김명수 2011). 헌법재판소 역시 이와 같은 논의를 반영하여 오늘날의 권력분립의 원칙을 이해하고 있다.

"오늘날 의회의 입법독점주의에서 입법중심주의로 전환하여 일정한 범위 안에서 행정입법을 허용하게 된 동기는 사회적 변화에 대응한 입법수요의 급증과 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론에 있다."[9]

이러한 점에 비추어 사법적극주의 현상을 권력분립의 원칙에 근거한 사법권력의 역할과 한계를 어떻게 설정할 것인가와 같은 문제로 귀결된다(김종철 2005). 입법자의 견해와 다른 헌법재판의 결정에 입법자가 이를 존중하고 따르도록 정당화할 수 있는가?

이에 대한 대답은 현행 법률상의 근거[10]에 의하여 단순히 설명할

9) 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2014헌바382 결정

10) ① 헌법재판소법 제47조 제1항 : 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.
② 헌법재판소법 제67조 제1항 : 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.
③ 헌법재판소법 제75조 제1항 : 헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.

수도 있다. 헌법재판소법에는 헌법재판소의 단순 위헌 결정[11]에 국회 등 국가기관에 기속력을 부여한다고 규정되어 있기 때문이다. 그러나 이러한 설명만으로 의회가 헌법재판소의 결정에 존중하여야 한다는 것은 피상적인 접근에 불과하고, 보다 본질적인 이유를 밝혀야 한다. 이에 대하여 독단적인 사법권력의 전횡이 야기될 수 있다고 우려를 나타내는 견해(Neier 1985), 반다수주의적 문제로 위헌 여부에 대한 판단은 더 민주적인 기관에서 해야 할 필요가 있다고 비판하다는 견해(Waldron 1999)도 있다. 그러나 적어도 한국에서는 사법권력의 입법형성권에 대한 최소한의 관여에 대하여 다음과 같은 이유 등의 근거로 대체적으로 동의하고 있다고 보인다. 차동욱은 포괄적 헌법통제 원리(차동욱 2006)라는 개념으로, 헌법재판의 정당성에 관한 근거를 제시하고 있다. 헌법재판소의 정책통제 기능으로서 위헌법률심판을 실질적, 기능적 측면에서 전문성을 갖추고 헌법재판소가 권한을 행사함으로써 다른 헌법기관의 권한 남용을 견제할 수 있는 제도라는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다고 주장한다. 사법권력은 의회, 행정권력과 달리 상대적으로 개인적인 이해관계를 떠나 법적 합리성에 근거하여 판단하도록 전문적인 훈련을 받았고, 사법적 판단에 이르는 과정에서 논리를 강조함으로써 당파적 성격이 배제된다고 보고 있다. 다른 한편으로는 헌법재판소의 인적 구성에서 헌법재판소의 정당성을 인정할 수 있다고 주장하는 견해도 있다(김현진 2018). 비록 대통령이나 의회만큼 강하게 민의가 반영되지는 않으나, 헌법재판관의 임명과정을 통해 헌법재판소는 간접적으로 국민의 신임을 통한 인적 정당성을 획득하였고, 따라서 실질적으로는 국민의 의사가 반영되고 있다는 것이다. 이로써 헌법재판관의 결정에 구속력을 인정하여야 할 근

11) 현재의 실무와 법학계에서는 위헌 결정에 헌법불합치 결정도 포함되는 것으로 대부분 이해하고 있다.

거는 충분히 있다는 것이다.

제도적인 관점에서 헌법재판소 결정에 구속력의 정당성을 확인하는 것도 중요하지만, 경험적인 차원에서의 근거도 제시가 되어야 한다. 헌법재판소 결정은 그 결정을 강제할 수단이 마련되어 있지 않기 때문에(한수웅 2015), 결정 그 자체로 결정의 목적을 달성할 수 없다. 따라서 정치 현실상으로 헌법재판소 결정이 구속력을 인정받기 위한 마지막 근거는 헌법재판소 결정 내용의 타당성과 이에 대한 국민, 다른 국가기관의 신뢰뿐이다(한수웅 2015). 이러한 점에서 보면, 다행히도 헌법재판소는 국가기관별 대국민 신뢰도 평가에서 적어도 현재까지는 최상위에 있음을 확인할 수도 있다.[12] 즉, 헌법재판소의 그간 헌법적 판단은 대체적으로 국민적 지지를 받고 있으며, 다른 국가기관으로부터도 충분히 존중되어야 할 필요성이 있다고도 할 수 있을 것이다. 결론적으로 의회와 헌법재판소는 각각 입법과 헌법재판을 통해 헌법의 실현에 있어서 경쟁관계에 놓이게 되고, 입법자는 우선적 형성권을, 헌법재판소는 최종적 결정권을 행사함으로써 1차적으로는 국민의 기본권 보호를 위한 수단으로서 기능하게 될 뿐만 아니라 궁극적으로 헌법질서의 유지의 수단으로서 작용한다(김명수 2011). 그리고 헌법재판소의 결정이 대체적으로 헌정주의적인 관점에서 받아들여질 수 있고 그 정당성을 인정할 수 있다면, 입법자의 부단한 정치적 노력에 의하여만 궁극적으로 그 입법을 통해 헌법적 판단을 현실화하여야 할 필요가 있다(Hesse 1993).

12) 이코노믹리뷰 KTMM 여론조사(2017. 3. 15. ~ 2017. 3. 16. 1,000명을 대상으로 한 조사 결과)

[표 2] 헌법재판소와 의회 권력의 성격 비교(한수웅 2015)

비교 항목	헌법재판소	의회
권력의 추구의 주된 방향	헌정주의	민주주의
권력의 정당성의 원천	간접 선출	직접 선출
권력의 성격	소극적	적극적
권력의 범위	특정적	포괄적
권력의 실행의 순서	최종적	최우선적
권력 실현의 최종적 수단	무	유

이 부분 선행 연구는 본 연구에 현대적 권력분립의 원칙의 골자인 '기능적 권력분립'의 원칙의 관점에서 헌법불합치 결정을 원인으로 의회가 법률 개정하는 것을 놓고 권력분립의 원칙이 원만하게 지켜지고 있는 것으로 평가할 수 있는가를 살펴볼 수 있도록 유용한 학문적 배경을 제공하였다. 즉, 위 선행 연구를 통하여 헌법불합치 결정에 따른 합헌적 법률 개정의 과정을 놓고 정책통제와 정책형성의 실현으로 해석하여 헌정주의 가치 실현이 이루어지고 있는지 볼 수 있으며, 소극적 성격의 헌법재판소의 권력을 통해 의회에 대한 통제 행위가 정당화될 수 있는 것인가, 사법적극주의적 상황의 도래가 헌정주의 가치 실현에 기여할 수 있는 여지가 있는가에 관한 다양한 문제에 관하여 본 연구를 통해 경험적으로도 살펴볼 수 있는 기회를 주었다.

3. 1. 3. 제도의 보완 - 의회의 입법 동인에 관한 검토

이 부분에서는 의회가 헌법재판소의 헌법불합치 결정에 따라 움직이는 근거를 어디에서 찾아볼 수 있는지 살펴본다. 대한민국 헌법은 법률안의 제출권을 의회와 행정부에 모두 인정하고 있으나, 입법권의 궁극적 담지자는 의회이며 행정부의 법률안 제출권은 입법부의 권한

중 일부를 행정부에 위임한 것에 불과하다(김장수 2006). 선행 연구는 의회의 본질적인 기능인 입법에 관하여 어떠한 이유를 바탕으로 의회가 입법 행위를 하는지 이미 다양한 관점에서 연구가 되어 있다.

의회와 행정부의 관계에 기초한 거시적인 연구부터, 개별 의원들의 미시적인 동인에 이르기까지 심도 있는 연구가 축적되어 있다. 우선 거시적인 차원에서의 연구는 정치체제가 입법 활동의 기본적인 구조를 정한다는 점에서 입법 과정의 성격을 결정하는 주요 원인으로 작용한다고 본다(Key 1949). 권위주의 체제 또는 민주주의 체제 그 여부에 따라 입법 과정의 성격도 달라질 것이라는 견해이다(최정원 2001). 한편, 의원들이 어떠한 이유에 따라 입법 활동을 하는지, 한편으로는 입법자의 입법 활동에 제약을 가하는 것은 어떠한 사유들이 있는지에 관하여 미시적인 차원에서 검증한 연구 결과들이 있는데, 의원들이 입법 활동을 하는 기본적인 이유는 자신의 정책을 실현하고, 정치적 선호를 표현하거나, 정치적 목적을 달성하기 위한 것이다(이한수 2016). 의원들의 입법 활동의 동기를 미시적인 변수로 설명하려는 의견들도 있다. 유권자나 동료들에게 자신의 선호를 알릴 목적으로 의원들이 입법 활동을 한다고 보거나(Kessler & Krehbiel 1996), 새로운 법안으로 의회 내에 자신의 입지를 강화할 목적으로 입법 활동에 매진한다고 보는 연구(Riker 1986), 의원 개개인의 지역구와 관련된 이해관계에 직접적인 영향이 있는지 그 여부에 따라 동료의 입법 활동에 찬성 또는 반대가 결정될 수 있다고 본 연구도 있다(Fiorina 1981).

의원들의 개별적 사정들을 입법 활동의 주요 동인으로 보는 앞서 살펴본 선행 연구 결과들과는 달리 환경, 제도적 상황에 따라 입법 활동에 어떠한 영향을 받는지 살펴본 연구들도 있다(박경미 2008; 김

장수 2006; 최준영 2006; 조진만 2005). 정부 형태에 주목하여 입법 교착 현상에 관하여 연구가 진행되기도 하였다. 정당정부의 이론에 근거하여 정치적 책임성이 분산되는 분점정부의 시기가 단점정부의 시기보다 입법교착 현상이 더욱 많이 발생하고 입법효율성이 떨어진다고 본 연구 결과(Schattschneider 2007)를 바탕으로, 이를 긍정하는 다수의 연구 결과들을 찾아볼 수 있다(Edwards, Barret, Peake 1997). 한편 이에 대하여 1990년 입법화된 중요 법안을 중심으로 미국의 분점정부 시기와 단점정부 시기의 차이를 비교하면서, 법률안 처리 등 입법 효율성을 비교하였을 때 유의미한 차이를 확인할 수 없다는 반대 연구 결과도 있다(Mayhew 1991; Fiorina 1992; 박찬욱 1992). 특히 메이휴의 연구는 1947년부터 1990년까지 미국 의회의 중요 법안의 입법 여부를 연구 대상으로 삼아 경험적으로 분석하여 그 연구 결과를 제시하였다. 정부 형태와 같은 거시적인 요인과 더불어 더 나아가 의회 내의 갈등도 입법 활동의 효율성에 영향을 주고 있음을 시사하는 연구도 발견할 수 있었다(Binder 1999). 국내 연구도 다양한 측면에서 활발히 이루어졌다. 의원의 입법 활동에 관하여 상임위원회가 중심적인 입법의 역할을 담당한다는 행태적인 점에 착안하여(Goodwin 1970), 상임위원회 별로 법안의 처리 속도를 비교하고, 유의미한 차이가 있음을 밝힌 연구도 있다(박기묵 2010).

위 선행 연구의 내용들도 매우 중요하지만, 제도적인 관점에서의 의회의 입법 기능의 원인과 의미를 살펴보는 것이 본 연구의 이론적 배경을 설명하는데 더욱 의미가 있다. 기능적 권력분립과 헌정주의, 민주주의의 발전이 조화롭게 이루어지기 위해 의회만이 입법을 통해 헌법재판소의 결정을 건설적으로 수용할 수 있고, 그렇게 함이 필요하다는 것은 일견 당연해 보인다. 다른 말로 하면, 헌법불합치 결정

이후 심판의 대상이 되었던 법률에 남아 있는 위헌성을 제거하는 일로서의 입법은 오로지 의회만이 할 수 있고, 의회가 해야 하는 것이다. 의회가 헌법불합치 결정에 따를지 여부는 제도적인 차원에서 본다면, 의회의 자율에 맡겨져 있는 문제이다. 여기서 자율에 맡겨져 있는 부분이 의회에 방임된 의사에 맡겨져 있는 것인가 아니면 헌법재판에 관한 불문의 제도로서 일종의 규범이 자리 잡아 일관된 결과를 예측할 수 있는가에 본 연구의 이론적 배경이 제시된다. 제도는 한정된 범위 안에서 정치적 행위자들이 일정한 기준에 따라 행동을 취하고, 그 행동에 대하여 예견 가능한 방향으로 그 결과를 알 수 있을 때 비로소 제도로서 의미를 가지게 된다.

그 일정한 기준에는 비용과 편익에 대한 판단, 규범에 대한 의식 등이 종합적으로 작용하여 만들어진다(Ostrom 2010). 자율에 맡겨져 있는 위헌 법률을 개정하는 문제에서 의회가 헌법불합치 결정을 존중하고, 이를 반영하는 방향으로 대응하고 있다면 이는 의회 내에 공유된 내면적 규범이 자리 잡았다고 평가할 수 있을 것이다. 만약에 의회가 헌법불합치 결정을 존중하지 않고, 헌법재판소가 위헌성을 확인하였다고 본 법률을 개정하지 아니하거나 이에 배치되는 모습을 보인다면, 오스트롬이 바라본 제도의 관점에서 헌법불합치 결정은 제도로서의 자격이 있다고 보기 어려울 것이다. 그런데 한국 헌법재판 제도에서의 헌법불합치 결정에 관한 실태는 위와 같이 부정적이지 않다. 한국의 의회는 헌법불합치 결정을 상당히 존중하고 이를 입법에 반영함으로써 위헌법률심판 제도의 완결성을 높이고 있다(Shapiro 1994). 헌법불합치 결정에 근거하여 의회가 헌법재판소의 의도를 반영한 입법을 하고 있다면, 의회가 아무런 법적 구속력이 없는 헌법재판소의 '의견'에 반응하는 근거는 무엇인가? 의회에 내면적 규범으로서 헌법

불합치 결정에 관한 '공유된 규범'이 생성되었고, 이에 따라 의회가 반응하는 것이라면, 이와 같이 공유된 규범이 형성된 궁극적인 근거는 무엇인가? 공유된 규범이 민주주의 체제에서 받아들여질 수 있는 것이라면, 의회의 반응은 건설적이고 헌정주의의 발전으로 기여한다고 평가할 수 있는 것은 아닌지와 같은 이론적 배경들이 본 연구에 단초를 제공하였다.

3. 2. 선행 연구의 한계점

선행 연구에서는 다음과 같은 한계점이 있었다. 첫 번째 부분의 선행연구였던 헌정주의에 관한 기존의 연구들은 헌법재판소의 특정 시대의 특정 이슈에 관한 결정 내용을 세밀하게 분석함으로써 헌법재판소의 정치의 사법화 현상에 대한 입장을 분석하거나, 헌법재판소의 입장을 개별 상황에 맞추어 유형화함으로써 세밀하게 설명하고 있는 장점들이 있다. 그러나 위와 같은 연구들은 개별적인 사례 분석에 적합할 수 있을지는 모르나, 제도주의적 관점에서 보았을 때 위 연구들이 다루었던 자료의 범위가 협소하였고, 헌법재판 제도 자체를 평가하기에는 통시적, 거시적인 관점에서의 접근이 필요하함에도 위 연구에는 연구의 범위도 넓지 않았다. 그럼에도 불구하고 이와 같은 관점에서 헌법재판소와 의회의 관계에 관한 연구는 전종익의 초기 의회에 대한 인식 연구(전종익 2000)를 제외하고는 전무하였다.

두 번째 부분의 선행연구였던 사법적극주의와 권력분립에 관한 기존의 논의에 관하여 살펴보면, 법학 분야에서는 헌법불합치 결정이 의회에 기속력을 발휘할 수 있어야 하는지 해석론적인 관점을 중심으로 그 논의가 이루어졌거나, 헌법재판소의 역할이 자제되거나 확대되

어야 하는지에 관하여 심도 있는 연구가 이루어지기는 하였다. 기능적 권력분립의 관점은 헌법불합치 결정이 의회와의 긴장 상태를 완화시킬 수 있다는 유연함과 헌법재판소의 헌정주의의 발전에 대한 역할과 책임이 있다는 정당성을 심어주었다고 평가할 수는 있다. 그러나 이와 같은 논의만으로는 실제로 의회가 헌법불합치 결정에 반응하는지, 그 반응의 결과가 어떠한지에 관하여 아무런 경험적인 근거를 제시해주지 못 하는 한계가 있었다.

끝으로 세 번째 부분의 선행연구였던 '제도의 보완 - 입법의 동인'부분에 관한 한계점을 간략히 지적한다. 정치학에서 입법의 근거에 관하여서는 의회 소속 개별 의원들의 행태적 관점에 착안하여 다층적인 근거를 제시하는 등 상당한 연구가 진척되어 있으나, 입법이 한 정치 체제 내에서 제도 운영 및 발전의 관점 아래에서 어떻게 이루어지고 있는지, 통시적인 관점에서 그 입법 행위로서 민주주의나 헌정주의의 가치가 어떻게 발전, 진화하고 있는지 살펴보는 연구는 마땅히 찾기 어렵다. 한편, 공유된 규범에 관하여 참조할 만한 오스트롬의 연구는 한 공동체에 내에서의 집합적 행동에 관한 제도의 완결성 여부를 분석하는 탁월한 분석틀로 활용되었으나, 본 연구와 같이 헌법기관의 집합적인 정치적 행위(예를 들어, 헌법재판소의 헌법불합치 결정, 의회의 입법)에 대한 분석틀로서 활용된 사례는 찾아보기 어렵다.

3. 3. 본 연구의 의의

현재까지 헌법불합치 결정에 관한 많은 연구는 개별 결정의 정치적 또는 법적 의미에 집중하는 경향이 강하였고, 헌법불합치 결정 이후

에 법률이 개정 등 사후 과정은 어떠하였는지에 관하여는 비교적 주목하지 않았다. 본 연구에서는 선행 연구의 한계점을 반영하여, 헌법불합치 결정을 보다 오스트롬의 제도주의 관점 아래에서 헌법불합치 결정과 헌정주의의 관계를 집합적, 통시적으로 이해하는 것에 본 연구의 의의를 둘 수 있다.

제 4 절 논문의 구성

본 논문은 모두 5장으로 구성되어 있으며, 제1장에서는 이미 본 연구에 이르게 된 동기와 연구의 목적 및 연구의 이론적 배경들을 살펴보았다. 제2장에서는 본 연구를 위하여 수집된 연구자료, 설정된 연구방법과 이론적 분석틀을 설명한다. 이론적 분석틀은 헌법불합치 결정이 헌정주의의 발전에 기여하고 있는지를 살펴볼 것인데, 의회의 반응에 관하여 살펴보는 연구 질문에 대한 분석틀을 제시한다.

제3장에서는 제4장 이후의 논의를 전개하기에 앞서 위헌 결정의 개념, 내용 및 종류를 살펴본다. 그 다음으로 독일, 오스트리아와 같은 선도적인 헌법재판 제도를 두고 있는 국가들의 헌법불합치 결정에 대한 입장을 살펴보면서 한국 헌법재판소의 헌법불합치 결정의 독특한 의미를 검토한 다. 제4장에서는 헌법재판소가 헌법불합치 결정을 언제부터 시작했는지, 그 당시에 의회의 반응은 어떠하였는지 탐색하고, 그 이후 헌법재판소가 헌법불합치 결정에 관한 보다 강한 사법적극주의적 태도로 발전하면서 의회가 법률 개정을 어떻게 이행하고 있는지 자료를 살펴보면서 그 경향을 분석한다. 이 과정에서 이른바 합헌적 법률 개정의 필요성에 관한 의회 내에 공감대가 어떻게 형성되어 이른바 공유된 규범으로 자리 잡게 되었는지 헌법재판소의 결정문과 의

회가 작성한 회의록 등의 자료를 검토하면서 확인한다. 이 장의 마지막에서는 공유된 규범을 바탕으로 개정된 법률이 실제로 합헌성을 갖추었는지, 즉 헌정주의적 발전이 이루어졌는지 개정된 법률에 대한 재심판에 관한 자료를 살펴보면서 확인하고, 끝으로 헌법불합치 결정의 정치적 기능을 제시한다.

제5장에서는 앞의 모든 논의를 정리하면서 이 논문의 연구 질문인 헌법불합치 결정과 의회의 반응 과정이 한국의 헌정주의 발전에 기여하고 있는지 정리하면서 그 정치적 함의를 이야기한다.

제 2 장 연구 자료, 방법 및 이론적 분석틀

제 1 절 연구 자료

1. 연구 자료

본 연구의 주제를 다시 한 번 환기하면, 헌법불합치 결정에 수반된 개정 촉구 신호가 법률 개정으로 이어짐으로써 한국의 헌정주의 발전이 있었다고 평가할 수 있는지 밝히는 것이다. 본 연구의 주제를 논증하기 위해 필요한 자료로 ① 헌법재판소 결정문과 ② 국회 회의록 등 국회 작성문건을 검토하였고, 인터뷰를 통한 보조 자료를 수집하여 연구에 활용하였다.

1. 1. 헌법재판소 결정문

헌법재판소 결정문은 심판대상법률에 대한 헌법재판소의 판단과 그 판단의 구체적인 이유를 파악할 수 있는 가장 기본적인 자료이다. 헌법재판소 결정문은 1988. 9. 1.부터 2019. 6. 30.까지 선고된 헌법재판소의 결정문 전수를 헌법재판소 홈페이지(www.ccourt.go.kr)를 통해 확인할 수 있었다. 그중 본 연구에 유의미하게 활용될 수 있는 자료로서 법률에 대한 헌법불합치를 선고한 결정문은 아래 표와 같이 총 120건으로 확인되었다. 이 외에도 법률에 대한 한정위헌, 한정합헌 및 합헌 결정 사례도 일부 참조하였다. 헌법불합치 결정에 관한 아래 표를 그래프로 나타내면 아래 표와 같이 볼 수 있으며, 개정 입법 시한을 부여한 심판대상법률과 개정 입법 시한이 부여되지 않은 심판대상법률의 수의 변화 추이를 파악할 수도 있다.

[표 3] 헌법불합치 결정수(1988 9. 1. ~ 2019. 6. 30. 기준)

순번	1	2	3
재판부	개정 입법 시한 부여 심판대상법률	개정 입법 시한 미부여 심판대상법률	합계
초대	3	0	3
2기	7	4	11
3기	9	18	27
4기	30	8	38
5기	35	4	39
6기	2	0	2
총합계	86	34	120

※ 헌법재판소 홈페이지에서 확보한 헌법불합치 결정만 따로 재판부 기수별에 따라 연구자가 정리하고 중복된 심판대상으로 사건번호가 2개 이상인 사건은 1건으로 인식함

1. 2. 국회 상임위원회 회의록, 본회의 회의록 등

하나의 특정 정치 제도에 속해 있는 정치적 행위자들에게 그 정치 제도의 특성과 성격은 정치적 행위의 판단에 상당한 영향을 주며 (Shepsle & Weingas 1981), 행위자들의 선호를 결정하고, 정치적 행위를 유발시키는 동기에 영향을 미침으로써 그에 따르는 정치적 결과를 유도한다고 알려져 있다(최준영 2006).

헌법재판 제도의 영향을 받는 의회가 어떻게 헌법불합치 결정이라는 상황에 대응하는지 그 과정을 살피는 것이 본 연구의 목적 중 중요한 부분이므로, 이를 살펴볼 자료가 반드시 필요하다(전종익 2000). 헌법불합치 결정 이후에 심판대상 법률의 개정에 관한 것뿐만 아니라 헌법불합치 결정 자체가 쟁점으로 나타난 관련 국회 소관 상임위원회, 특별위원회, 본회의 회의록, 심사보고서, 검토보고서 등 국회에서 작성된 기록은 헌법재판소의 결정에 대한 의회 및 관계 행정부처 등의 반응을 파악할 수 있다. 따라서 국회 의안정보시스템 홈페이지 (http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do)를 통하여 헌법재판소가 개소하였을 당시 국회인 13대 국회부터 현재 20대 국회까지 필요한 회의록 등 자료를 수집하였다. 그리고 필요한 범위 내에서 의원 2인에 대한 간략한 서면 인터뷰를 통한 보조 자료도 수집하였다.

제 2 절 연구 방법과 이론적 분석틀

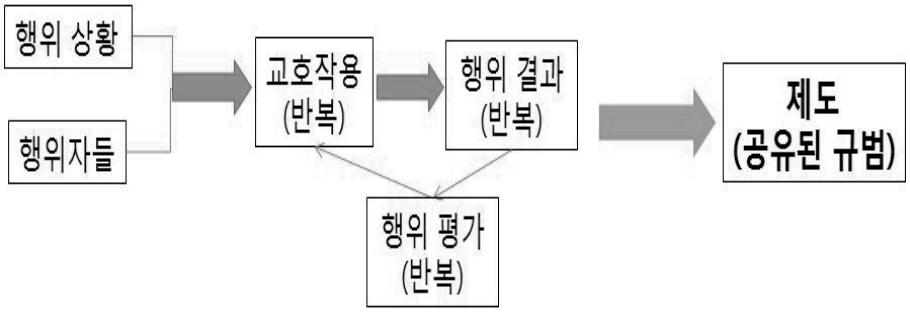
2. 연구 방법

본 연구에서는 분석의 핵심 개념인 공유된 규범을 명확히 정리하고, 이론적 분석틀을 제시한 다음 그 분석틀에 따라 연구를 한다. 이론적 분석틀로는 헌법불합치 결정으로 의회에 법률을 개정할 것을 촉구하는 신호를 보내는데, 의회가 그 촉구 신호에 응하여 공유된 규범이 형성되었는지를 검토하고, 이에 따라 법률을 개정하고 있는지 살펴본다. 구체적으로 헌법재판소의 법률 개정에 관한 의견 표명을 통해 법률이 개정되어, 궁극적으로 헌정주의의 개념에 비추어 발전하였는지 살펴볼 수 있는 분석틀을 제시한다.

2. 1. 개념의 정의 : 공유된 규범

본 연구의 핵심 개념인 공유된 규범은 오스트롬의 규범에 관한 내면 세계 논의(Ostrom 2010)를 차용하여 그 개념을 정의한다. 제도는 한정된 범위 안에서 정치적 행위자들이 일정한 기준에 따라 행동을 취하고, 그 행동에 대하여 예견 가능한 방향으로 그 결과를 알 수 있을 때 비로소 제도로서 의미를 가지게 된다. 그 일정한 기준에는 비용과 편익에 대한 판단, 내면화된 규범 등이 종합적으로 작용하여 만들어진다(Ostrom 2010). 여기서 내면화된 규범은 명시적으로 제시되어 있는 헌법, 법령, 규칙과 같은 규범이 없는 경우에 명시적 제도의 빈틈을 메워주는 역할을 함으로써 제도의 부족함을 보완한다.

그러한 내면화된 규범이 어떠한 동태적인 과정 아래에서 탄생하는지는 오스트롬의 제도 개념을 통해 보다 구체화할 수 있었다. 즉, 행위상황이 행위자들 간에 반복적으로 발생하여 적용됨에 따라 행위 결과가 나타나고, 그 행위 결과에 대한 사후적인 평가 과정, 그리고 이러한 상황이 반복적으로 발생하는 일련의 과정이 이어지면서 궁극적으로 행위자들에 의하여 인식되고 이용되면서 탄생한다. 이러한 제도의 탄생 및 발전, 진화 과정을 도식으로 표현하면 다음과 같다.



[그림 1] 제도의 탄생 및 발전 과정에 대한 도식화

이러한 점에서 헌법불합치 제도에서의 내면화된 규범은 중요한 의미를 가진다. 앞서 논의한 것과 같이 명시적인 제도 즉, 법률 규정이 존재하지 않는 상태에서의 헌법불합치 결정에 대하여 의회가 어떠한 방식으로든 대응을 하고, 그 반응 양상이 반복되면 내면화된 규범이 형성되었다고 이해할 수 있다. 헌법불합치 결정에 대하여 의회가 할 수 있는 예상되는 2가지 대응의 방향은 ① 헌법불합치 결정 취지를 존중하여 합헌성을 추구하는 것 또는 ② 헌법불합치 결정의 취지를 무시 또는 배척하는 것이다. 위 2가지 방향 중에서 의회는 스스로의 정치적 판단을 통해 하나의 입장으로 수렴할 것이다. 결국 헌법불합치 결정에 대하여 의회가 선택한 한 가지의 방향은 일관된 방향으로 의사를 형성하게 되고, 내면화된 규범으로 자리 잡게 된다. 뒤에서 분

석하는 바와 같이, 한국의 의회는 헌법불합치 결정에 대하여 ①번 방향으로 그 내면화된 규범이 자리 잡았다고 평가할 수 있다. 처음에는 의회 내에서도 헌법불합치 결정에 대하여 어느 방향으로 선택할 지 갈등이 있었으나, 현재 의회는 ①번 방향에 동의하고 있고, 법률 개정의 합헌성을 추구하여야 한다는 인식이 공고해졌다. 이러한 의회의 인식은 의회 내 여야, 성별, 출신 등 의원들의 소속과 지위를 불문하고 집단적인 차원에서 공유되고 있는데, 그것을 의회 내에 형성된 공유된 규범이라고 할 것이다.

2. 2. 1. 이론적 분석틀 : 헌법재판소의 개정 의견과 의회의 반응

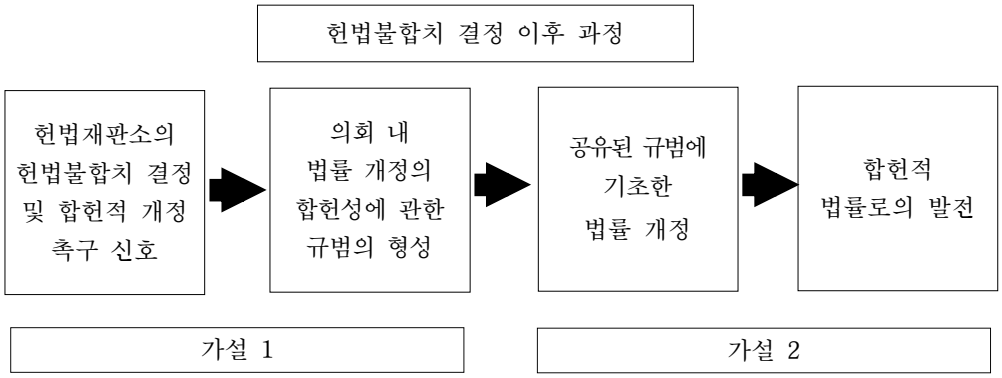
본 연구의 이론적 분석틀에서 검증할 가설 1, 2의 내용은 다음과 같다.

가설 1 : 헌법불합치 결정은 의회에 심판대상법률에 대한 개정의 필요성에 관한 공유된 규범을 형성하도록 영향을 끼쳤다. 가설 2 : 의회가 공유된 규범을 바탕으로 개정한 법률이 다시 헌법재판소의 심판 대상이 된 경우, 헌법재판소는 이에 합헌 결정을 할 가능성이 높다.

지난 30여 년 간의 헌법불합치 결정은 의회에 법률 개정에 관한 공유된 규범을 형성하였고, 의회가 공유된 규범을 원인으로 하여 법률을 개정하기 때문에 심판대상법률은 합헌적 법률로 다시 탄생하게 된다. 가설 1, 2에 따른 과정을 일목요연한 모델로 표현하면 아래 [그림 2]와 같다. 헌법불합치 결정 이후의 과정이

[그림 2]와 같다고 설명할 수 있다면, 헌법불합치 결정으로써 의회에 헌정주의에 대한 지속적인 인식을 심어줌에 따라, 헌정주의의 발전으로 이어진다는 결론을 조심스럽게 내릴 수 있을 것이다.

[그림 2] 헌법불합치 결정의 효과에 관한 연구 모델



2. 2. 2. 가설 1 및 가설 2의 구체적인 연구 방법

가설 1을 검증하기 위해 헌법불합치 결정이 의회에 합헌적으로 법률을 개선하라는 취지의 신호로서의 역할을 하는 것인지부터 살펴보는데, 그전에 헌법재판소가 심판 대상으로 삼고 있는 법률에 위헌성이 있음을 지적하는 결정의 형태로 단순 위헌, 헌법불합치, 한정위헌 등의 형태의 법적 개념부터 제시한다. 단순 위헌 결정은 그 결정 자체로 해당 법률의 효력을 완전히 상실시킴으로써 법률의 위헌성을 더 논의할 여지가 없어진다. 즉, 위헌 선언을 통해 그 자체로 법률이 합헌성을 회복함을 의미한다. 그러나 나머지 결정 방법들(헌법불합치, 한정위헌)은 그 자체로 법률의 효력을 상실시키지 않고, 의회의 법률

개정을 통해 합헌성의 회복이 이루어질 수 있다. 따라서 의회가 헌법불합치 결정에 반응하는지 그 여부는 헌법불합치 결정으로 인해 심판대상법률의 개정이 되는 그 관계를 밝힘으로써 파악할 수 있다.

다음으로 헌법불합치 결정이 의회의 법률 개정 과정에서 합헌적 개정을 하여야 한다는 점에 공유된 규범을 형성하고 있는지 여부와 그 형성의 근원을 어디서 찾을 수 있는지 개정 법률안에 관련된 국회 각종 회의록 등 국회 자료의 내용을 분석하는 방법으로 연구한다. 의안 내용 및 회의록의 내용에 헌법불합치를 의식하고 있는 것인지를 살피고, 헌법불합치 결정이 선고될 당시의 해당 의회별로 법률을 개정하는지, 실제 의회 내 회의 과정에서 헌법불합치 등 헌법재판소에 관한 용어가 얼마나 언급되는지 각 빈도를 확인하면서 의회별 법률 개정에 관한 의식이 어떻게 형성되어 가는지 확인한다.

끝으로 이와 같은 과정을 통해 개정된 법률이 합헌적으로 개정이 된 것인지 검증하여 위 가설들을 보다 치밀하게 논증할 수 있을 것으로 사료된다. 개정된 법률이 다시 헌법재판소의 심판대상이 된 사례들을 확인할 수 있었다. 그 사례들 중에 다시 위헌 결정이 이루어진 사례가 있는지, 합헌 결정이 이루어졌다면 그 합헌 결정의 이유에 심판대상의 법률 조항에 과거의 조항과는 달리 그 위헌적 요소가 제거되었다는 취지가 기재되어 있는지 내용을 확인하는 방법으로 연구한다.

제 3 장 헌법재판소의 위헌 결정 개관

제 1 절 헌법재판소의 위헌 결정의 개념 및 종류

본 연구를 본격적으로 논하기에 앞서 헌법불합치 결정의 법적인 개념과 효과에 대하여 정확히 이해하기 위해 아래와 같이 위헌 결정의 개념과 종류를 본다. 다음으로 한국의 헌법재판 제도에서 헌법불합치 결정의 독특함을 이해하기 위해 독일, 오스트리아의 헌법불합치 결정에 관한 입장과 비교하여 검토한 뒤, 헌법불합치 결정이 심판대상법률의 성격에 따라 어떻게 구체적인 양상을 띠는지 살펴본다.

1. 1. 헌법재판소의 위헌 결정의 개념

위헌 결정이란 헌법재판소가 의회가 제정한 법률이 헌법에 위반되는지 그 여부를 심사하고, 그 법률이 만약 헌법에 위반되는 것으로 판단될 경우 그 효력을 상실케 하는 결정을 의미한다. 여기서 법률의 효력을 상실케 한다는 것은 마치 그 법률이 존재하지 아니하였던 상태로 복귀시키는 것을 말한다. 특히 현행 헌법재판소법은 위헌 결정의 효력을 위헌 결정이 있은 날 '즉시' 발생하도록 규정하고 있다.[13] 헌법재판소에서 위헌 결정을 할 수 있는 방법은 아래와 같이 총 4가지 유형으로 구별할 수 있다.

---

13) 헌법재판소법 제47조 제2항 : 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.

[표 4] 헌법재판소법상 위헌 심판의 유형

규범통제의 형태	법적 근거
위헌법률심판	헌법재판소법 제41조
위헌심사형 헌법소원심판	헌법재판소법 제68조 제2항
권리구제형 헌법소원심판	헌법재판소법 제68조 제1항
공권력 위헌 여부에 부수한 위헌법률심판	헌법재판소법 제75조 제5항

1. 2. 헌법재판소 위헌 결정의 종류

1. 2. 1. 단순 위헌 결정의 형태

헌법재판소가 위헌 결정을 하는 경우에는 심판대상법률의 효력을 상실시키는 방법이 일반적이다. 이는 법률의 효력을 그 자체로 상실시키기 때문에 의회가 위헌성을 제거하여야 할 추가적인 문제가 남지 않는다. 즉, 위헌 결정은 국가기관이든 일반 국민이든 법률의 유효성을 주장할 수도 없다. 위헌 법률의 배제를 위하여 의회가 입법을 해야 할 필요도 없고, 다른 국가기관도 그 법률을 배제하고 남은 법률만 적용하면 된다(김하열 2012). 한편, 헌법재판소법은 위헌 결정의 심판대상이 된 법률뿐만 아니라 그 법률이 포함된 법률 전체로 심판대상을 확대할 수 있도록 규정하고 있는데, 이는 심판대상 법률의 개별 조항의 위헌 결정으로 인하여 해당 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌 결정을 할 수도 있음을 의미한다.[14] 아래와 같이 헌법재판소는 위 조항을 근거로 법률 전체의 효력을 상실시킨 사례도 있다.

14) 헌법재판소법 제45조

"특조법 특유의 소송절차나 처벌규정인 위 제7조 제5항·제6항·제7항 본문, 제8조가 모두 위헌으로 실효된다 할 것이고, 이들 법률조항들이 이미 실효된 제11조와 함께 특조법의 핵심적 규정들이라고 할 것인데, 그 핵심적인 규정들의 시행이 불가능하므로 특조법 전체가 그 존재의미를 상실하게 되고 그 전체가 시행할 수 없는 경우라고 할 것이다. 그러므로 나머지 점에 관한 판단을 생략하고도 헌법재판소법 제45조 단서규정에 의하여 특조법 전체에 대하여 위헌의 결정을 함이 타당하다."[15)]

1. 2. 2. 변형 결정의 의미와 형태

변형 결정이란 심판대상인 법률의 위헌성이 인정됨에도 불구하고, 합헌적 법률해석의 필요 또는 입법자의 입법 형성권에 대한 존중, 법적 공백으로 인한 혼란의 방지 등을 이유로, 한정된 의미 영역 또는 적용 영역이 위헌임을 선언하거나 법률이 헌법에 합치하지 않음을 선언하는 등의 결정 유형을 말한다(헌법재판실무제요 2015; 권영성 2005). 한국 헌법재판소가 채택하고 있는 변형 결정의 유형은 헌법불합치 결정, 한정위헌 결정, 한정합헌 결정 등이 있다. 헌법재판소는 변형 결정을 채택하고 있는 이유로 권력분립의 원칙, 의회에 대한 존중, 합헌적 법률 해석의 원칙을 주된 근거로 제시하는데, 초대 재판부에서부터 변형 결정의 필요성을 역설하였다.

"위헌이냐 합헌이냐의 결정 외에 한정합헌 또는 헌법불합치 등 중간영역의 주문(主文)형식은 헌법은 최고법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여서 필요할 뿐 아니라 입법부가 제정한 법률을 위헌

15) 헌법재판소 1996. 1. 25. 선고 95헌가5 결정

이라고 하여 전면폐기하기 보다는 그 효력을 가급적 유지하는 것이 권력분립의 정신에 합치하고 민주주의적 입법기능을 최대한 존중하는 것이라 할 것이며, 그것은 국민의 대표기관으로서 입법형성권을 가지는 국회의 정직성·성실성·전문성에 대한 예우이고 배려라고 할 것이다"[16]

그중 헌법불합치 결정은 헌법불합치 결정은 심판대상법률의 위헌성을 의회에서 제거할 것을 요구하는 것을 그 핵심으로 하고 있으며(이동훈 2015), 현재까지 헌법재판소가 가장 빈번하게 활용하고 있는 변형 결정의 형태로서 결정의 기재 방식은 다음과 같다.

"보훈보상대상자 지원에 관한 법률'(2011. 9. 15. 법률 제11042호로 제정된 것) 제11조 제1항 제2호 중 '부모 중 선순위자 1명에 한정하여 보상금을 지급하는 부분', 같은 법 제12조 제2항 제1호 중 '부모 중 나이가 많은 사람을 우선하는 부분'은 헌법에 합치되지 아니한다."[17]

한편, 한정합헌 결정은 된 법률 또는 법률의 조항의 해석이 다의적으로 가능하여 합헌으로 해석되는 여지와 위헌으로 해석되는 여지가 혼재하고 있는 경우 그 법률의 해석・적용에 있어서 헌법에 위반되는 의미를 제외하고, 합헌적인 내용으로 축소 한정하여 해석하여 그 의미로서만 해당 법률의 효력을 유지하게 하는 결정이다(정종섭 2014). 심판 대상이 된 법률의 조항을 헌법재판소가 합헌적이라고 해석한 의미가 아닌 다른 내용으로 해석・적용하는 것이 오히려 헌법에 위반된

16) 헌법재판소 1991. 3. 11. 선고 91헌마21 결정
17) 헌법재판소 2018. 6. 14. 선고 2016헌가14 결정

다고 보는 것이다(이동훈 2015). 헌법재판소가 한정합헌 결정을 할 때에는 아래와 같은 방법으로 결정 주문을 기재한다.

"국가보안법 제7조 제5항(1980.12.31. 법률 제 3318호)은 그 소정행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석 하에 헌법에 위반되지 아니한다."[18]

끝으로 한정위헌 결정은 위헌법률심판의 대상이 된 법률의 조항의 해석이 다의적으로 가능하나, 위헌으로 해석되는 여지가 있음이 분명하고 나머지 부분에는 합헌으로 해석할 여지도 있는 경우 그 법률의 해석・적용에 있어서 위헌으로 해석되는 부분만을 해당 법률의 의미에서 제거하는 결정이다(정종섭 2014). 한정위헌 결정 주문은 아래와 같다.

"형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제129조 제1항의 '공무원'에 구 '제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법'(2007. 7. 27. 법률 제8566호로 개정되기 전의 것) 제299조 제2항의 제주특별자치도통합영향평가심의위원회 심의위원 중 위촉위원이 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다."[19]

---

18) 헌법재판소 1990. 6. 25. 선고 90헌가11 결정
19) 헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2011헌바117 결정

1. 3. 독일, 오스트리아의 헌법불합치 결정에 관한 입장

독일 및 오스트리아의 헌법불합치 결정에 관한 입장을 살펴본다. 그 이유는 오스트리아 헌법재판 모델이 한국에 도입되었으며(허완중 2016; 장영철 2010), 헌법재판소가 변형 결정의 도입 근거를 독일의 실무로 들고 있기 때문이다.

"헌법재판소가 행하는 위헌여부 판단이란 위헌 아니면 합헌이라는 양자택일에만 그치는 것이 아니라 그 성질상 사안에 따라 위 양자의 사이에 개재하는 중간영역으로서의 여러 가지 변형 재판이 필수적으로 요청된다. 그 예로는 법률의 한정적 적용을 뜻하는 한정 무효, 위헌법률의 효력을 당분간 지속시킬 수 있는 헌법 불합치, 조건부 위헌, 위헌성의 소지 있는 법률에 대한 경고 혹은 개정촉구 등을 들 수 있고, 이러한 변형재판은 일찍이 헌법재판 제도를 도입하여 정비한 서독 등 국가에서 헌법재판소가 그 지혜로운 운영에서 얻어 낸 판례의 축적에 의한 것이다. …(중략)… 서독의 법률개정으로 인한 실정법에 근거하여 여러 가지 형태의 변형재판이 나온 것이 아니라 법 개정 이전부터 서독 헌법재판소가 실정법에는 그 뚜렷한 문언을 찾을 수 없는 불합치 주문 등 변형 재판을 해왔기 때문에 입법자가 이에 뒤따라 판례에 어느 정도나마 부합키 위한 노력으로서 법률 개정을 시도하여 왔던 것에 지나지 않는다."[20]

독일과 오스트리아의 헌법불합치 결정에 관한 입장을 검토함으로써, 한국에서의 헌법불합치 결정이 가지는 의미를 파악할 수 있다. 먼

20) 헌법재판소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 결정

저 독일의 사례를 살펴본다. 독일연방헌법재판소법은 명시적인 규정을 두지 않았다. 그러나 독일연방헌법재판소는 위헌 심사 과정에서 헌법불합치 결정을 도입하였고, 이러한 실무적인 운영이 선행하였고, 독일연방헌법재판소법에 변형 결정에 관한 입법이 뒤따랐다(전상현 2014). 한국의 헌법불합치 결정을 비추어 보면, 헌법재판소법이 부여한 권한을 초과하여 대하여 예외를 설정하는 것이라는 점에서 독일의 경우와는 차이가 있다는 점을 알 수 있다(전상현 2014).

오스트리아는 헌법불합치 결정을 포함한 다양한 형태의 변형 결정이 원칙적으로 가능하다(장영철 2010). 다만, 오스트리아 연방헌법 제140조의 규정 해석상 오스트리아 헌법재판소는 법률이나 법률조항의 전부 또는 특정 문언을 위헌인 것 판단하여 폐지할 수 있을 뿐이고, 법률조항의 특정 적용영역에 한정하여 폐지하는 것은 허용되지 않는다는 견해를 취하고 있다. 따라서 연방헌법에서 명시적으로 규정하지 않은 한정 위헌과 같은 결정의 형식은 사용하지 않는다(유남석 2001). 또한 오스트리아 연방헌법 제140조 제5항에 따르면, 헌법재판소가 법률의 위헌 결정에서 당해 법률의 효력 상실 시기를 18개월 내로 정하지 않는 한 법률은 공고된 때부터 폐지되며(연방헌법 제140조 제5항), 헌법재판소는 최장 18개월의 법률 효력 유지 기간을 부여할 수 있다. 이를 "폐지유예제도"라 한다. 오스트리아는 폐지유예가 포함된 헌법불합치 결정에 법적 기속력을 부여하고 있다.

독일과 오스트리아의 관련 법률에 대한 간략한 비교 분석을 통해 알 수 있는 시사점으로 두 국가 모두 헌법불합치 결정의 방식을 법률로 편입하여 제도로 긍정하고 있다는 것이다. 다른 한편으로는 독일과 오스트리아에서는 입법 형성권자(국민 또는 의회)가 위헌 심사 제도를 유연하고 탄력적으로 운영할 수 있는 권한을 헌법재판소에 부여

함과 동시에 헌법불합치 결정으로써 의회에 입법을 개선하여야 할 의무를 부과할 수 있는 법적 정당성도 가지고 있다고 해석할 수 있다. 즉, 독일과 오스트리아 의회는 헌법불합치 결정에 관한 명시적인 규범을 직접적인 근거로 심판대상법률을 개정하게 되지만, 한국 의회는 명시적인 규범상의 근거가 없어 '공유된 규범'을 바탕으로 법률을 개정한다고 이해된다.

제 2 절 헌법불합치 결정의 법적 효력

헌법불합치 결정은 심판대상법률의 위헌성을 인정할 수 있으나 법률의 효력을 바로 상실시키게 되면 법률의 공백상태와 혼란이 발생할 위험이 있거나나 위헌의 법률조항을 잠정적으로라도 적용하여 법적 규율 없이 합헌 상태보다 오히려 헌법적으로 바람직하다고 판단되는 경우 등 법률의 위헌성을 제거하고 합헌적인 질서를 회복하기 위해서는 의회가 새로운 입법이 필요한 예외적인 경우, 심판대상법률을 잠정적으로 적용하게 하거나 형식적으로 존속시키면서 입법자에게 법률 개선을 촉구하는 결정 유형이다(박경철 2014; 방승주 2007). 헌법불합치 결정에는 2가지 유형이 있는데, 헌법불합치 결정 이후 심판대상법률이 개정되기 전까지 어떠한 국가적 행위에도 적용되지 않아야 한다는 취지의 선언을 하는 헌법불합치 적용중지 결정과 개정이 될 때까지 법적 공백을 막기 위해 계속적으로 적용이 되도록 선언하는 헌법불합치 잠정적용 결정이 있다. 2가지 결정의 방식이 일반 법률(민사 관련 법률 또는 행정 관련 법률 등)과 형벌 법률에 선고가 되었을 때, 실제로 그 효력에 일부 차이가 있어 그 내용을 아래에서 간략히 살펴본다.

2. 1. 일반 법률

2. 1. 1. 헌법불합치 적용중지

일반 민사 및 행정 관련 법률에 헌법불합치 적용중지의 결정이 있으면, 개정 입법 시한이 부여된 경우에 그 개정 입법 시한까지, 개정 입법 시한이 부여되지 않은 경우에는 개정되기 전까지 그 형식적 존속성은 인정된다. 다만 헌법재판소가 법률의 위헌성을 확인한 이상, 그 법률을 적용하는 것은 헌정주의의 원칙상 허용될 수 없다는 점에서 그 법률은 사실상 적용할 수 없다(장영수 2011). 헌정주의에 근거하면, 위헌성이 확인된 법률은 적용하면 안 되기 때문에 적용중지의 헌법불합치 결정이 헌법불합치 결정의 형태의 원칙이다. 따라서 의회뿐만 아니라 법원, 각 행정기관은 헌법불합치 결정을 받은 법률이 적용될 상황에 그 법률을 적용하여서는 안 되고, 새로 법률이 개정될 때까지 기다려야 한다(최환 2012). 이렇게 결정을 하는 이유는 의회가 헌법재판소의 결정을 존중토록 하여 그 취지에 맞게 개정한 법률이 적용되도록 하기 위함이다(최환 2012).

2. 1. 2. 헌법불합치 잠정적용

헌법불합치 잠정적용의 결정을 하는 경우에는 예외적으로 법률이 개정될 때까지 그 법률이 잠정적으로 계속 적용된다. 잠정적용 결정의 이유는 위헌 법률을 잠정적으로 적용하는 위헌 상태가 법적 규율이 없는 합헌 상태보다 오히려 헌법적으로 더욱 바람직하다고 판단되

는 경우(박경철 2014)가 있기 때문이다. 예를 들어 국민들에게 혜택을 부여하는 법률의 혜택에서 배제되어 법적 불이익이 발생하고 있는 사건(김하열 2012)이 그러하다. 헌법재판소는 잠정적용 결정을 할 때 아래와 같이 개별적으로 잠정적용이 필요한 이유를 구체적으로 기재한다.

"심판대상조항은 대학 교원의 단결권을 침해하여 헌법에 위반되지만, 단순 위헌 결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 초·중등교육법 제19조 제1항에 의한 교원들에 대한 교원노조 설립의 근거가 사라지게 되어 재직 중인 초·중등교원에 대하여 교원노조를 인정해 줌으로써 이들의 교원노조의 자주성과 주체성을 확보하는 데 기여하는 입법목적을 달성하기 어려운 법적 공백 상태가 발생할 수 있다[21)]"

2. 2. 형벌 법률

형벌 법률에 관하여서 헌법재판소는 적용중지의 헌법불합치 결정과 잠정적용의 헌법불합치 결정을 특별한 구별 기준 없이 선고하고 있다(박경철 2014). 그러나 민사 및 행정 관련 법률과는 달리 형벌 법률에서는 위헌 결정의 소급적 효력을 인정하는 근거 법률[22)]이 있는데, 이를 근거로 형벌 법률에 관한 헌법불합치 결정이 선고될 경우, 소급효를 부여할 수 있는지에 헌법재판소의 입장과 대법원의 입장이 다르

---

21) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2015헌가38 결정

22) 헌법재판소법 제47조

② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.

③ 제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다.

다. 대법원은 형사 법률에 관하여 헌법불합치 결정이 선고되었다면, 구체적으로 헌법불합치 잠정적용 결정이든 헌법불합치 적용중지 결정이든 구별하지 아니하고 헌법재판소법 제45조 등을 근거로 모두 소급적용을 하고 있다. 즉, 대법원은 헌법불합치 결정을 받은 형사 벌률에 근거한 처벌은 불가능하며, 그러한 사건은 모두 무죄라고 판단하고 있다.

"헌법 제111조 제1항과 헌법재판소법 제45조 본문에 의하면 헌법재판소는 법률 또는 법률조항의 위헌 여부만을 심판·결정할 수 있으므로, 형벌에 관한 법률조항이 위헌으로 결정된 이상 그 조항은 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 정해진 대로 효력이 상실된다 할 것이다. 그러므로 헌법재판소가 이 사건 헌법불합치결정의 주문에서 이 사건 법률조항이 개정될 때까지 계속 적용되고, 이유 중 결론에서 개정시한까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 그 다음날부터 이 사건 법률조항이 효력을 상실하도록 하였더라도, 이 사건 헌법불합치결정을 위헌결정으로 보는 이상 이와 달리 해석할 여지가 없다."[23][대법원 전원합의체 다수의견]

2. 3. 개정 촉구 신호

헌법불합치 결정에는 의회에 법률 개정을 촉구하는 내용이 함께 기재되는 경우가 많다. 위헌 상태에 있는 법률의 위헌성을 제거하는 역할은 의회가 하는 것이기 때문에, 헌법재판소가 의회에 위헌 상태를 제거하라는 일종의 의견을 표명하는 것이라고 이해되고 있다(Shapiro

23) 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결

1994). 헌법재판소는 개정 촉구의 신호를 아래와 같이 결정문에 기재한다.

"【주문】 위 법률조항들은 2007. 6. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다."[24]

사실 이는 헌법재판소가 의회에 심판대상법률을 개정하라는 단순 촉구 신호를 보내는 것에 불과하다. 법률 개정 촉구에 관한 내용은 법률상 아무런 근거가 없으며, 명문의 근거 없이 이를 법적 효력을 인정하면, 의회의 입법형성권의 상당한 침해를 허용하는 것이기 때문이다.[25]

물론 개정 촉구 신호가 의회에 강제성 있는 입법 개선 의무를 부담시킨다고 보는 견해도 있다(남복현 2012; 한수웅 1995). 그러나 대립되는 두 견해에 의하더라도 모두 헌법불합치 결정이 된 법률은 의회에 개정 처리를 위임하였다는 점에는 차이가 없다(남복현 2012). 즉, 의회가 개정 촉구 신호에 아무런 법적 강제성이 없다고 인식하고 있음에도 아래에서 보는 것과 같이 위헌성이 확인된 법률을 개정하고 있다면, 공유된 규범이 주된 동인으로서 의회가 헌법불합치 결정의

24) 헌법재판소 2006. 2. 23. 2004헌마675 결정 등

25) 현재 의원들도 헌법재판소의 법률 개정에 관한 촉구 신호에 법적 구속력이 있다고 보지 않고 단순한 의견 표명으로 이해하고 있는 것으로 보인다.

“○ A 의원 : (헌법재판소의 법률 개정에 관한 의견 표명은) 국회에 구속력을 미치지는 않지만 ……”

“○ B 의원 : 일단 법률적으로는 위헌이라 할 경우엔 법률 효력이 없어지거나 직접적인 구속력이 있기 때문에 국회에서 직접 개정해야 하지만, (헌법)불합치 결정은 헌재가 자신들의 견해를 밝히는 것이다. 그 것에 대해선 구체적으로 (개정)입법을 어떻게 할지는 국회의 자유재량 사항이다. 입법을 할지 안 할지는 헌재 입장보고 만약 (국회가) 동의하면 입법을 하고, 헌재와 의견을 달리할 수도 있는 것이다.”

대상이 된 법률을 개정하는 것이라고 볼 단초가 된다.

제 3 절 헌법불합치 결정의 현황

3. 1. 1. 헌법불합치 적용중지/잠정적용 결정

헌법재판소가 1988 9. 1.부터 2019. 6. 30.까지 선고 횟수 기준으로 120건의 헌법불합치 결정을 하였다. 이 부분에서는 헌법불합치 결정이 유형별로 어떻게 선고되었는지 살펴보는데, 본 연구의 핵심적인 주제와 큰 관계는 없으므로, 아래와 같이 2가지 방향에서 현황을 살펴보고 그친다. 하나는 헌법불합치 적용중지/잠정적용 사례가 재판부 별로 그 현황이 어떻게 되는지, 다른 하나는 심판대상법률이 일반 법률인지 아니면 형벌 법률인지 그 여부를 재판부 별로 어떻게 비중을 차지하고 있는지 살펴본다. 재판부 별 헌법불합치 적용중지 및 잠정적용 사례는 다음 표와 같다.

[표 5] 헌법불합치 적용중지/잠정적용 사례 분류

순번	1	2	3
재판부	헌법불합치 적용중지 결정	헌법불합치 잠정적용 결정	합계
초대	0	3	3
2기	4	8	12
3기	5	21	26
4기	3	35	38
5기	4	35	39
6기	0	2	2
총합계	16	104	120

헌정주의의 관점에서의 헌법불합치 결정은 적용중지의 결정이 원칙이고, 잠정적용 형태의 결정은 예외적으로 내려야 하는 결정 형태이다(이인호, 오수정 2010). 위헌성이 확인된 법률을 정치적, 사회적으로 불가피한 사정에 의하여 계속 적용을 하게하는 결정은 헌정주의적 관점에 납득하기 어렵기 때문이다. 헌법재판소의 몇몇 재판관(이동흡, 송두환)도 결정문에서 헌법불합치 적용중지 결정이 헌법불합치 결정의 원칙적인 형태라고 피력하고 있다.

"계속적용 헌법불합치 결정은 어디까지나 예외적인 것으로서 적용중지 헌법불합치결정이라는 원칙으로부터 벗어나는 것을 정당화하는 불가피한 예외적 사유가 존재할 경우에만 허용된다 할 것인데, 이 사건의 경우 계속적용을 명할 불가피한 예외적 사유가 없으므로 적용중지를 명하는 헌법불합치결정을 하여야 한다."[26]

그러나 위의 표에서 확인할 수 있듯이 실무에서는 적용중지의 결정 형태보다 헌법불합치 잠정적용의 결정 형태가 압도적으로 많이 행해지고 있다. 헌법불합치 결정의 이론적인 원칙과 경험적인 차원에서의 괴리가 발생하고 있다.

3. 1. 2. 일반 법률/형벌 법률에 관한 헌법불합치 현황

일반 법률과 형벌 법률에 관한 헌법불합치 결정 사례는 아래 표에서 볼 수 있듯이 극단적인 형태로 드러난다. 여기서 형법 법률에 관하여 주목해볼 필요가 있다. 헌법재판소는 형벌 법률에 대하여는 거

26) 헌법재판소 2007. 5. 31. 2005헌마1139 결정 등

의 단순 위헌 결정을 선고하고 있다. 형벌 법률이 헌법에 어긋나면 헌법재판소는 이에 대해서 단순 위헌결정을 내리는 것이 헌정주의의 원칙에 부합하기 때문이다. 예외적으로 처벌의 필요성 및 규범 효력의 유지 등을 근거로 형벌 법률에 대하여 헌법불합치 결정이 선고된 사례[27]가 있으나, 대법원에서는 이와 관하여 아래와 같은 근거를 들며 모두 헌법불합치 결정을 단순 위헌과 동일하게 보아 법률의 효력이 상실되었다고 무죄 판결을 하고 있고 있음은 앞에서 보았다.

[표 6] 헌법불합치 일반 법률/형벌 법률에 관한 헌법불합치 사례 분류

순번	**1**	**2**	**3**
재판부	일반 법률	형벌 법률	합계
초대	3	0	3
2기	12	0	12
3기	24	0	26
4기	36	2	38
5기	37	2	39
6기	1	1	2
총합계	115	5	120

3. 2. 헌법불합치 결정 대상의 법률 개정 현황

가설1의 첫 단추 부분인 헌법불합치 결정이 의회에 법률 개정의 촉

27) 대표적으로 4기 재판부에서 부동산 명의 실권리자에 관한 법률 제5조 제2항, 집회 및 시위에 관한법률 제10조, 5기 재판부에서 정치자금법 제45조 제1항, 6기 재판부에서 형법 제269조 제1항 등

구 신호로서 역할을 하고 있는 것인지 여부는 헌법불합치 결정 대상이 되었던 법률의 개정 현황을 살펴보면서 확인할 수 있다. 아래 표에서 알 수 있는 내용으로는, 헌법재판소가 지난 약 30여 년 간 선고하였던 헌법불합치 결정의 심판대상법률 중에서 90%에 다다르는 법률이 개정되었다. 그리고 헌법불합치 결정이 선고된 이후 3년이 지났음에도 아직까지 개정되지 아니 한 법률은 ① 현행 약사법 제20조 제1항, ② 집회 및 시위에 관한 법률 제10조, ③ 통신비밀보호법 제6조 제7항만 남은 것으로 확인되었다. 아래 표를 통한 잠정적인 결론으로 의회가 헌법불합치 결정을 받은 법률에 대하여 대부분 개정절차를 밟았다는 것이다.

[표 7] 의회 별 헌법불합치 결정 법률 개정 현황 (13대 ~ 20대 의회)

순번	1	2	3
의회	개정된 심판대상법률	개정이 안 된 심판대상법률	개정 비율
13대	2	0	90% (≒개정 건수 92/의회별 전체 헌법불합치 법률 합계 103)
14대	3	0	
15대	6	0	
16대	13	1	
17대	19	0	
18대	25	2	
19대	13	4	
20대	11	4	
합계	92	11	103

※ 헌법재판소 홈페이지에서 헌법불합치 결정만 따로 의회별 임기에 따라 본 연구자가 정리

※※ 연구 시점을 고려하여 20대 의회에서는 헌법재판소가 개정 시간을 2018. 12. 31.까지로 설정한 것만 산입함

한편 헌법불합치 결정이 상대적으로 많이 이루어졌던 16 ~ 18대 국회 시기 사이에는 역시 법률 개정도 많이 이루어졌다. 뒤에서 더 살펴보겠지만, 이는 헌법불합치 결정에 대한 의회의 이해 제고 및 규범의 형성에 따라 법률 개정의 수가 증가한 것이다. 의회가 어떠한 양상으로 헌법재판소의 개정 촉구 신호를 받아들이고 있는지 법률 개정 소요 시간에 관련된 내용을 정리하면 아래 표와 같다. 우선 파악할 수 있는 것으로는 헌법재판소가 개정 입법 시한을 부여하여 선고한 헌법불합치 결정(통상 선고시로부터 1 ~ 2년)을 하는 경우에 의회는 그 심판대상법률을 평균 13개월 이내에 법률을 개정하는 것으로 확인되었다.

[표 8] 법률 개정 소요 시간에 관한 기술통계 (13대 ~ 20대 의회)

순번	1	2	3	4	5	7
재판부	입법 개정 시한 부여 헌법불합치 사례	개정 시한 내 개정	개정 시한 도과 후 개정	시한 내 입법의 경우 평균 개정 소요 시간 (개월 수)	시한 도과 후 개정의 경우 평균 개정 소요 시간 (개월 수)	총 평균 개정 소요 시간 (개월 수)
초대	3	1	1	2개월	19개월	10.5개월
2기	6	4	2	5.4개월	46개월	21개월
3기	8	6	2	9.5개월	17개월	11개월
4기	30	17	13	9.6개월	25.6개월	17.5개월
5기	26	15	11	13.2개월	24개월	17.5개월
합계	73	43	28	-		

※ 대상법률은 2019. 6. 30.까지의 법률이며, 개월 수는 일수를 절사하여 계산하였다(예를 들어 개정 소요시간이 4개월 10일이 소요되었다면, 4개월로 산정함).

※※ 개정 시한이 명시적으로 부여되지 아니한 헌법불합치 결정 자료는 기술통계 자료에서 배제하였으며, 개정 시한이 부여되어 있음에도 현재까지 개정되지 아니한 헌법불합치 결정 사례는 평균 소요 시간 산정을 위한 기술통계 자료에서만 배제하였다.

개정 입법 시한이 부여되지 않은 심판대상법률이 개정되는 경우에는 평균 19개월 이상의 기간이 소요된다. 헌법재판소가 개정 입법 시한을 통상 1 ~ 2년 정도 부여하는 것에 비추어 보면, 개정 입법 시한이 부여된 심판대상법률에 대하여 의회는 비교적 개정 입법 시한을 준수하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 이러한 점에서도, 의회는 헌법재판소가 개정 입법 시한을 부여한 심판대상법률에 관하여 그 법률을 신속하게 개정하고 있다고 볼 수 있는바, 의회가 헌법불합치 결정을 심판대상법률의 개정 촉구 신호로서 이해하고 있다고 판단된다. 위와 같은 집합적인 자료 분석의 측면뿐만 아니라, 의회의 여러 자료를 질적으로 살펴보았을 때, 헌법불합치 결정에 따라 법률을 개정하는 경우 관련 법률의 의안, 검토보고서, 심사보고서 등에서도 아래와 같은 내용이 기재되고 있음을 알 수 있다. 이 부분을 통해서도 헌법불합치 결정이 의회에 심판대상법률의 개정이 필요하다는 신호를 보내고 있고, 의회도 그렇게 이해하고 있음을 알 수 있다.[28)]

"헌법재판소의 헌법불합치 결정을 받음에 따라 동 조항을 결정문의 취지에 맞게 개정하는 한편 재외동포기본법 제정에 따라 동법에서 규정한 재외동포 정의규정 등 관련 조항을 개정하려는 것임."(2003. 5. 6.자 조응규 의원 등 55인 의원발의안 - 재외동포의 출입국과 법적지

28) 현직 의원 역시 비록 헌법재판소의 개정 촉구 신호가 법적 구속력이 있는 것은 아닐지라도, 헌법불합치 결정이 선고된 경우에는 용이하게 그 심판대상법률을 개정할 수 있어서, 이를 법률 개정 신호로서 인지하고 있음을 진술하기도 하였다. 다른 한편으로, 헌법재판소의 한정위헌 선고에 대하여 의회의 입장을 분석하여 보면, 현직 의원의 인터뷰 내용부터 과거의 의회 내 의사록의 내용을 보았을 때, 개정 촉구 신호로서 이해하고 있지 않다. 심지어 행정부 인사(전문위원 등)뿐만 아니라 헌법재판소 소속 인사도 한정위헌을 법률의 개정 촉구 신호로서 이해하고 있지 않는 것으로 보인다.

"○ B의원 : 한정위헌은 100이 있다면 50 범위 내에선 적용하는 건 합헌이고, 나머지는 위헌 가능성이 있다고 판단한 건데. 입법 기술적으로 어렵다. 헌법불합치와 달리 한정위헌은 헌재 의견을 파악하기 쉽지 않다. 반면 헌법불합치는 범위 정하는 게 아니라 입법 기술적으로 개정이 용이하다."

위에 관한 법률중 개정법률안 제안이유 및 주요골자)

"○ 이금로 전문위원 : 한정 위헌을 받은 조항의 위헌성 해소 방법은 법을 적용할 때 해석하는 방법이 있고요, 또 하나는 법률 개정을 적극적으로 해서 헌재결정 취지를 반영하는 두 가지 방법이 있을 수가 있는데요, 한정위헌 결정이 법률조항을 그대로 두기 때문에 기본적으로 법률을 개정할 필요성은 적다고 할 수가 있습니다.
○ 장윤석 소위원장 : 그리고 민법 문제는 이것 해석의 문제가 있어서, 전문위원의 의견대로 개정을 해서 안 될 것은 없는 것 같은데 그렇게 되면 해석 나올 때마다 또 법문을 개정해야 되느냐 하는 문제가 있어서 이 부분도 우리 위원님들 좋은 의견 있으시면 말씀해 주시고 …… (후략)" (2010. 2. 24. 18대 의회 제287회 제6차 법제사법위원회 회의)
"○ 서상홍 헌법재판소 사무처장 : 그 부분 잠깐만 말씀드리게 해 주십시오. 지금 김동철 위원님께서 말씀하신 그 사건은 굳이 법률을 개정할 필요가 없는 한정합헌이나 한정위헌 사건일 겁니다. 그래서 저희들이 그 부분에 대해서는 더 이상 손을 댈 필요가 없다고 생각하기 때문에 그런 것입니다.
○ 김동철 위원 : 아니, 한정합헌이나 한정위헌의 경우에 법률을 그대로 놔두면서 계속해서 그 법률을 적용해도 괜찮다는 얘기입니까?
○ 서상홍 헌법재판소 사무처장 : 그렇습니다."(2006. 10. 13. 17대 의회 제262회 법제사법위원회의 헌법재판소에 대한 국정감사)

제 4 장 헌법불합치 결정과 공유된 규범의 형성·진화

제 1 절 서 설

의회는 현재까지 헌법불합치 결정을 계기로 위헌성이 확인된 법률을 대부분 합헌적인 방향으로 개정하였다. 헌법불합치 결정 그 자체에서 또는 부수적으로 붙는 개정 입법 시한을 부여하는 주문인 개정 촉구 신호로부터 의회에 법률 개정에 관한 구속력이 없는 것도 밝혔다. 그렇다면, 의회에서 위헌성이 있는 법률의 위헌성을 제거하자는 공유된 규범에 기인하여 법률을 개정하는 것이라고 추론할 수 있는데, ① 정말로 공유된 규범이 발생했는지, ② 그 규범이 발생한 계기는 무엇인지, ③ 그 공유된 규범의 형성 및 진화 과정은 어떻게 되는지 아래에서 살펴본다.

제 2 절 불안한 출발(초대 재판부)과 의회 대응 시작

2. 1. 헌법불합치 결정의 시작

헌법재판소 초대 재판부는아무런 법률상 근거가 없음을 인지하고 있으면서도 1989. 9. 8. 국회의원선거법 제33조, 제34조 등 위헌심사 사건[29]에서 최초로 헌법불합치 결정을 내렸다. 그 당시에는 헌법불합

29) 국회의원선거법 제33조, 제34조 헌법불합치 결정 사건(88헌가6 결정) : 위 조항의 기탁금 액수가 과다하고, 정당추천 후보자와 무소속 후보자의 기탁금에 1,000만원과 2,000만원의 차등을 둔 것은 정당인과 비정당인을 불합리하게 차별하는 것으로서 헌법상 기본권으로 평등권, 참정권, 공무담임권을 침해한다고 판결한 사건

치 결정의 법적, 정치적 효과에 관한 아무런 기준도, 규칙도 없었다. 따라서 초대 재판부는 헌법불합치 결정을 하는 이유를 설득력 있게 설명하기 위하여, 헌법불합치 결정을 한 이유를 결정문에 7장에 걸쳐 기재하였다. 특히, 헌법불합치 결정을 곧바로 받아보게 될 의회를 의식하였는지, 헌법불합치 결정의 가장 중요한 첫 번째 근거로 국회의 권위에 대한 존중을 거론하였다.

"다음과 같은 이유로 이 법조항을 개정할, 늦어도 1991년 5월말까지 계속 적용될 수 있게 불합치 판결을 하는 것이 타당하다고 판단되어 주문과 같은 변형판결을 하는 것이다. 첫째, 국회의 권위를 존중하고 국민대표기관으로서의 본질적 기능을 보장하기 위해서이다. 법률의 개폐는 원칙적으로 국회의 입법형성권에 의해 이루어지는 것이 헌법상의 권력분립 원칙에 합치된다. (후략)……"

다수 의견은 이와 동시에 헌법불합치 결정을 하는 것이 정당함을 역설하기 위해 헌정주의와 관련된 이론적 근거와 독일로부터의 경험적 근거를 제시하기도 하였다.

"제45조에 근거하여 한 변형 재판에 대응하여 위헌법률의 실효여부 또는 그 시기도 헌법재판소가 재량으로 정할 수 있는 것으로 보아야 하며 이렇게 함으로써 비로소 헌법재판의 본질에 적합한 통일적, 조화적인 해석을 얻을 수 있는 것이다. …(중략)… 서독 헌법재판소가 실정법에는 그 뚜렷한 문언을 찾을 수 없는 불합치주문 등 변형 재판을 해왔기 때문에, …(중략)… 변형 재판은 헌법재판소법 제47조 제1항에 정한 위헌 결정의 일종이며 타 국가기관에 대한 기속력이 있음

은 당연한 것이다."

한편, 헌법재판소는 위 결정에서 개정 입법 시한을 제시하는 강경한 태도를 취하기도 하였다.

"국회가 위 법률조항을 늦어도 1991년 5월말을 시한으로 이를 개정할 때까지 재선거나 보궐선거가 실시 될 때에는 계속 그 효력은 지속한다고 판단하는 것이 합당하다."

물론, 헌법재판소 내에서 헌법불합치 결정에 관하여 반대 의견이 없었던 것은 아니다. 변정수, 김진우 재판관은 헌법불합치 결정 자체에 대하여 강한 반대 의견을 펼쳤는데, 특히 변정수 재판관의 의견은 헌법불합치 결정을 할 수 있는 법적 근거 규정도 없을 뿐만 아니라 개정 입법 시한 제시가 의회에 법적 구속력을 가질 수 없다는 점을 지적하였다.

"효력 상실을 일정시한까지 유보시킬 여지도 없을뿐더러 더 나아가 독일과는 달리 법률의 위헌결정만이 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속하도록 되어 있는 헌법재판소법 제47조 제1항의 규정 취지에 비추어 볼 때 입법권자로 하여금 일정한 시한까지 법률개정을 촉구하는 취지의 주문 제3항은 아무런 법적 기속력도 없는 것이다."[30]

변정수, 김진우 재판관의 의견은 헌법불합치 결정이 오히려 의회에

30) 헌법재판소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 결정

법률 개정을 하도록 하는 정치적 의사표시로서 아무런 의미를 가지지 못 할 우려가 있을 바에, 헌법재판소법의 문언에 충실하게 단순 위헌 결정을 함이 위헌 결정의 효력을 제고할 수 있다는 것이었다. 의회가 헌법재판소의 다수 의견을 존중할지 여부는 미지수였기 때문에, 변정수, 김진우 재판관의 의견이 당시에는 더 신중한 접근이었다. 그럼에도 이 사건 이외에 초대 재판부의 다수 의견은 1991. 3. 11. 지방의회 의원선거법 제36조 제1항에 관하여 위 논의와 같은 맥락선상에서 헌법불합치 결정을 하였고, 의회에 헌법불합치 결정을 선고받은 법률을 개정하여야 한다는 신호를 재차 보냈다.

2. 2. 최초 헌법불합치 결정에 대한 의회 내 논의 과정

2. 2. 1. 의회의 의문과 반감

의회가 최초의 헌법불합치 결정에 대하여 어떻게 생각하는지 알 수 있는 최초의 발언은 13대 의회 이진우 의원의 1989. 9. 20. 13대 의회 법제사법위원회의 헌법재판소에 대한 국정감사에서 처음 확인할 수 있었다. 이진우 의원은 헌법불합치 결정 자체가 헌법재판소의 권한을 넘은 행위가 아닌가에 관한 의구심을 제기하였다. 장석화 의원도 이진우 의원과 그 결을 같이 하여 헌법불합치 결정은 명시적인 규범에 근거가 없다는 점을 지적하여 의문을 제기하는 모습을 보였다.

"○ 이진우 위원 : 입법권과 국회의 여러 가지 제약을 일거에 무시해 버리고 위헌이라고 하는 결정을 하면서 또 그 다음에 납득이 가지 않

는 것이 이것이 특정한 기간까지는 위헌이 아니고 1990년 5월부터 새 입법이 만들어지는 그 시기까지는 위헌이 아니지만 그 이후부터는 위헌이라고 하는 이러한 조건부 결정은 일반적인 상식으로 봐서 위헌이면 위헌이고 위법한 것이면 위법한 것으로 그대로 일관성이 있어야 되는 것이지 조건부 위헌이라고 하는 것은 납득하기 어려운 것이 아니냐 이렇게 생각을 합니다. …(중략)… 결정을 잘못 보게 되면 국회에 대해서 입법을 명령하는 다시 말하면 헌법재판소가 합헌적이라고 생각을 하는 것을 법률을 만들라고 하는 입법명령의 성격까지도 띠고 있는 것이 아니냐 하는 우려가 들어가는 것입니다(1989. 9. 20. 13대 의회 제147회 법제사법위원회의 헌법재판소에 대한 국정감사)."

"○ 장석화 위원 : 헌법재판소법 제45조, 제47조 제2항에 보면 헌법재판소에서는 위헌 결정만 하도록 되어 있지 조건부 결정을 하지 못하게 되어 있습니다. 이번에 국회의원선거법 제34조, 제35조 위헌결정과 관련해서 헌법재판소법이 위헌임을 인정하면서도 그 효력을 91년도 5월까지 유예시킨 것은 이와 같이 헌법재판소법 제45조 제47조 제2항의 명백한 입법이라고 보기 때문에 ……(후략)"

"○ 박상천 위원 : 아까 말씀하신 선배의원인 이진우 의원과 견해를 달리합니다. 입법권을 장악하고 있는 국회는 정치세력간의 각축장이 되기쉽기 때문에 헌법에 어긋나는 입법이 얼마든지 가능합니다. 이럴 때 국민주권의 권리에 의해서 채택된 헌법에 어긋나는 입법에 대해서 제약을 가하고 헌법을 수호하는 임무가 헌법재판소에 부여되어 있는 것입니다. 다만,…(중략)… 위헌심판과 불합치심판의 차이는 무엇이며

불합치심판이라는 특이한 제도를 도입한 이론적 근거는 무엇인가? 또 이러한 특이한 제도를 도입한 실제적 필요성은 무엇이었는가?"

이에 대하여 변정일 헌법재판소 사무처장은 이진우 의원의 말에 대하여 다음과 같이 대답하면서, 헌법불합치 결정의 법리적, 경험적 타당성을 근거로 내세웠다.

" ○ 변정일 헌법재판소 사무처장 : 특정기간까지는 괜찮다하는 취지의 조건부 판결이 일관성이 없지 않느냐 하는 말씀이 계셨습니다마는 우선 그 문제에 대해서 말씀을 드리자면 서독이라든지 다른 헌법재판제도가 많이 정착되어 있는 다른 나라에서 소위 불합치 판결과 같은 조건부 판결 또는 변형판결이 60% 이상을 차지하고 있습니다. …(중략)… 그리고 1990년 5월말까지는 현행 제도대로 선거를 해도 좋다는 취지의 주문이 있었습니다마는 그것이 국회에 대한 입법 명령에 그와 같은 뜻으로 한 것이라기보다는 당장 위헌판결을 함으로써 일어날 수 있는 혼란을 방지한다는데 주안점이 있었음을 말씀드립니다."

그리고 장석화 의원의 질문에 대하여 또 다음과 같이 대화가 오갔다.

" ○ 변정일 헌법재판소 사무처장 : 헌법재판소법 제45조, 제47조에 의하면 위헌인가 아니면 합헌인가만을 선고하라는 취지로 그렇게 조문이 되어 있는 것은 사실입니다. …(중략)… 다만 우리 헌법과 헌법재판소법의 해석에 관해서 어떤 명문의 근거가 있는 것은 아닙니다만은 저희 헌법재판소 재판관께서 그와 같은 해석을 내리고 있습니다."

" ○ 장석화 위원 : 그러면 헌법재판소법 제45조, 제47조를 확대 해석하고 있는 것입니까? …(중략)… 헌법과 헌법재판소법에 규정되어 있음에도 불구하고 이 명문을 위반해서 심판한 이유가 무엇이냐 이것은 위헌입법심판이다 이것입니다."

위 논쟁을 보면 의회에서는 헌법불합치 결정 방식에 대하여 상당한 의문을 품고, 그것이 입법권의 침해가 아니냐는 의미로 매우 부정적인 입장을 보여 주었다. 심지어 다음 국정감사에서는 헌법재판소의 변형결정에 아무런 효력을 부여할 수 없으면 어떻게 되느냐는 헌법재판소 결정 자체의 규범력의 의문을 품는 발언도 있었다.

" ○ 변정일 헌법재판소 사무처장 : 헌재결정에 대해서 불복하고 헌재결정을 받아들이지 않을 경우에 오는 혼란 그리고 그것에 대한 대책은 무엇이냐 이렇게 물으셨습니다. …(중략)… 모든 국가기관과 지방자치단체가 존중해 준다면 헌법재판소의 결정은 효력이 잇는 것이고, 존중을 하지 않는다면 어떻게 될는지 제가 이 자리에서 답변드리기가 몹시 어렵습니다. 아무쪼록 이와 같이 존중되는 풍토가 조성되기를 바라는 마음 간절합니다."(1990. 12. 1. 13대 의회 제151회 법제사법위원회 국정감사)

2. 2. 2. 헌정주의에 대한 인지

한편, 박상천 의원은 1991. 4. 23.자 13대 국회 본회의에서 헌법불합치 결정으로 인해 법률의 개정이 불가피함을 피력하였다. 이 발언은 법률 개정의 원인을 헌법불합치 결정에서 찾는 국회 회의록 내 최초의 발언으로서 의미 있는 것이었다. 특히, 모든 의원들이 듣고 있는 자리인 본회의에서의 발언이었다는 점에서 그 의미가 더 크다. 의회가 헌법불합치 결정 자체의 적법성, 정당성에 근본적인 의문을 제기하는 관점에서 벗어나, 헌정주의에 대한 인식을 바탕으로 헌법재판소가 헌법적인 관점에서 법률에 위헌성을 확인한 판단을 존중하여야 한다는 태도를 취하였기 때문이다. 더 나아가 이 발언에 대하여 당시 본회의에서 어떠한 다른 의원도 반대 의사표시를 하거나 의문을 제기하지 아니하였다.

"○ 박상천 의원 : 선거법의 개정이 불가피하게 됐습니다. 헌법재판소가 광역의원후보자 기탁금 규정에 대해서 위헌 결정을 내렸기 때문입니다."(1991. 4. 23. 13대 의회 제154회 제5차 국회 본회의)

권해옥 의원도 같은 본회의에서 헌법재판소의 위헌 결정 등에 13대 의회가 만들었던 법률이 위헌 결정이 선고되었는지, 만약 그러한 사정이 있다면 헌정주의의 관점에서 의회의 실수를 인정한다는 견해를 발언으로써 드러내고 있다.

"○ 권해옥 의원 : 13대 개원 이후 지금까지 헌법재판소의 결정 건수 중 국회에서 통과된 법률안에 대한 위헌 결정 사례는 몇 건이며 결정 사유가 무엇인지를 구체적으로 말씀해 주시기 바랍니다. …(중략)… 본 의원이 이것을 묻는 이유는 이러한 사례를 통해 졸속처리 된 법안에 대한 입법부의 일대 자성의 계기로 삼고자 하는 충정에서 하는 말입니다. 헌법재판소가 그 동안 헌법 수호와 국민기본 인권보장이라는 사명을 충실히 이행해 왔고 …(중략)… 헌법재판소가 결정한 일련의 결정들은 민주법치국가로서 6공화국의 민주화 노력이 긍정적으로 평가된다고 보는데 (후략) ……."(1991. 4. 23. 13대 국회 제154회 제5차 국회 본회의)

신오철 의원은 헌법불합치 결정을 직접 언급하고 있지는 않지만, 헌법재판소의 법률 개정 촉구 신호에 대하여 헌정주의적 관점에서 의식하고 있다는 점을 엿볼 수 있는 발언도 하였다.

" ○ 신오철 위원 : 위헌결정을 헌법재판소에서 했는데 그런 결정을 한데 따른 법의 개정이나 보완이 헌법재판소에서 볼 적에는 전부 실천이 되고 있는 것인지 안 됐을 경우에는 그 한 건의 사건에 대한 해석으로 그치는 것인지 처장께서 구체적으로 지급까지 위헌결정한데 대해서 법이 보완되고 개정되고 개정되지 않고 있는 상황에 대해서 설명해주시기 바랍니다."(1991. 10. 2. 13대 국회 제156회 법제사법위원회의 헌법재판소에 대한 국정감사)

이에 관하여 변정일 헌법재판소 사무처장은 헌법재판소가 결정문을

통해 의회에 개정 촉구 신호를 보내고 있으며, 의회가 이를 반영할지 여부는 의회의 재량 사항이라는 점을 강조하면서 그 의미를 설명하고 있다.

" ○ 변정일 헌법재판소 사무처장 : 헌법결정에 따른 법의 개정보완이 충분히 이루어지고 있느냐라는 질의를 주셨습니다. 헌법재판소의 헌법결정이 이루어지면 법제처에서는 그 법령집을 다시 만들고 몇 년 몇 월 몇일자 헌법재판소의 헌법결정으로 효력 상실 이렇게 조문은 그대로 쓴 상태에서 그 조문 뒤에다 그렇게 괄호를 넣어서 부기를 하고 있고 그와 같은 어떤 법률에 대한 위헌결정이 있을 때 그것이 개정보완이 잘 이루어지도록 촉구한다든지 하는 것은 그것은 입법권자의 입법 의사결정 입법형성의 자유에 속하는 문제라고 생각합니다. 그래서 저희 헌법재판소로서는 그 점에 대해서 간혹 어떤 관심 때문에 알아보는 경우는 있습니다마는 공식적으로 조사를 하거나 그러지는 않고 있습니다."(1991. 10. 2. 13대 국회 156회 법제사법위원회의 헌법재판소에 대한 국정감사)

위 발언의 흐름을 훑어보면, 헌법재판 제도가 시행된 지 2년밖에 되지 아니한 당시 13대 의회 각 여야 의원들이 처음의 인식과는 달리 헌법불합치 결정의 주문 방식과 그 결정의 결과를 수용하고 있고, 헌정주의에 대한 인식의 계기로 삼아 법률을 개정할 필요가 있다고 관점이 전환되었다는 점에서 흥미로운 발견이다.

2. 2. 3. 행정부의 수용과 시간적 압박

행정부의 입장을 대변하였던 법무부 장관은 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌 심판 절차에서 위 법률이 아래와 같이 헌법적으로 아무런 문제가 없다는 의견을 제시하였다. 결론적으로는 당시 행정부의 의견은 결국에 헌법재판소의 결론과 배치되는 것이었다.

"국회의원선거법 제33조와 동 제34조에 규정된 기탁금 제도의 취지는 후보자의 난립과 선거의 과열을 방지하고, 헌법 제116조의 규정에 의한 선거공영제 하에서 후보자가 부담할 비용을 사전에 확보하여 후보자의 성실성을 담보함으로써 선거운동의 기회균등을 확보하는데 있다. 결국 국회의원선거법상의 기탁금 관계규정이 헌법 제11조의 평등의 원칙이나 헌법 제25조의 공무담임권 규정에 위배되는 것이 아니다."

그러나 헌법재판소는 위 법률에 대하여 헌법불합치 결정을 내렸다. 이에 법무부 장관은 국회 본회의에서 아래와 같이 발언하고 있는바, 행정부는 기존의 입장과 달리 헌법불합치 결정의 취지와 그 내용을 완전히 수용하였다. 더욱이 행정부가 헌법불합치 결정의 효력, 개정 입법 시한, 개정 촉구 신호에 민감하게 반응하고 있음을 파악할 수 있었다. 특히 1991. 4. 23.자 국회 본회의에서 이종남 법무부 장관이 직접 의원들에게 "1991년 5월 말을 시한으로 개정하여야 한다."라는 점을 강조한 것으로 보아, 헌법재판소 다수 의견을 사실상 그대로 수용함과 동시에 법률 개정의 시급성을 의회에 인지시키려 하였음을 파악할 수 있다.

"○ 이종남 법무부 장관 : 현행 국회의원선거법 제33조와 제34조에 정한 국회의원선거 입후보자의 기탁금 규정 역시 앞서 말씀드린 바와 같은 이유로 1989년 9월 8일에 위헌 결정을 하면서 이 조항들도 1991년 5월 말을 시한으로 개정하여야 한다고 선고하였음을 말씀드립니다."(1991. 4. 23. 13대 의회 제154회 제5차 국회 본회의)

2. 2. 4. 결정 내용에 대한 긍정

아래와 같이 국회의원선거법 제33조, 제34조의 개정안에 대한 검토보고서(김윤환 등 총 279명의 의원이 발의에 참여)의 내용에 따르면, 여야 대부분의 의원들이 개정에 참여하여 헌법재판소의 결정 내용에 이견이 없었다. 결국 위 개정 법률은 국회 본회의에서 만장일치로 통과되었다. 개정 법률의 내용 측면에서 간략히 살펴보면, 위 개정 법률로 인해 신진 후보들이 출마하는데 유리하도록 그 기탁금 조건이 바뀌는 것이어서 현직 의원들에게 오히려 불리할 수 있는 법률이었음에도 불구하고, 어느 의원도 이견을 제시한 사정이 드러나 있지 않았다는 점이 흥미롭다. 그리고 그 의안 원문에 '헌법불합치 결정'이라는 용어가 그대로 기재되어 있다는 점도 주목할 만한 부분이다.

"셋째 안 제33조에서 정당의 추천을 받은 지역구의 후보자와 전국구의 후보자는 1,000만원 정당의 추천을 받지 아니한 지역구의 후보자는 2천만원을 선거관리위원회에 기탁되도록 되어 있는 것을, 모두 후보자는 이러한 구분 없이 1천만원을 기탁하도록 하고 안 제34조에서 기탁금은 후보자의 득표수가 당해 지역구 유효투표총수의 3분의 1을 초과하지 못한 때에 국고에 귀속하도록 하던 것을 유효투표총수를 후

보자로 나눈 수의 2분의 1을 초과하지 못한 때에 귀속하도록 하였는 바 이는 현행 기탁금에 관한 규정이 국민의 참정권과 후보자간의 기회균등을 침해할 소지가 있다는 이유로 헌법재판소의 헌법불합치 결정(89년 9월 8일)을 받은 바 있으므로 그 금액을 정당의 추천을 받은 자와 받지 않은 자에 대하여 균등하게 1,000만원으로 하고 국고귀속 요건에 있어서도 당해 지역구의 후보자수와 관련하여 완화한 것으로 사료됨"(1991. 12. 16. 13대 의회 제146회 제13차 내무위원회 회의)

2. 3. 소결 : 의회의 완벽하지 않은 이해와 포용

최초 헌법불합치 결정에 따른 법률 개정 과정을 살펴보면, ① 헌정주의 준수에 대한 의원들의 인식의 계기 마련, ② 행정부의 헌법재판소 결론의 수용, ③ 헌법재판소의 결론에 대한 이견의 부존재와 같은 요인을 바탕으로 의회가 헌법불합치 결정의 취지를 존중하여 법률이 개정되었다는 것을 파악할 수 있다. 의회의 반발이나 외면 없이 수월하게 이루어진 점은 헌정사적인 관점에서도 중요한 순간이라고 평가할 수 있다.

다만, 앞서 본 것과 같이 당시 의회는 단순 위헌 결정과 헌법불합치 결정의 차이를 제대로 이해하고 있지 못하고 있었던 것으로 보인다. 박상천, 권해옥 의원의 발언에서 엄격하게 헌법불합치와 단순 위헌을 구별하지 않았고, 헌법재판소의 다수 의견이 제시하였던 개정 입법 시한과 법률의 효력 상실 여부에 관한 의회의 입장은 부각되어 있지 않았다. 게다가 위 법률의 개정은 1991. 12. 31.에 이루어져서, 헌법재판소가 제시한 개정 입법 시한을 7개월이나 도과하였다. 이러한 점에서 당시 의회가 아직 헌법불합치 결정에 따른 개정 촉구 신호

를 온전히 수용하였다고 보기는 어려울 것이다.

제 3 절 2~3기 재판부의 헌법불합치 결정과 의회의 반응

초대 재판부가 선고한 헌법불합치 결정을 앞서 살펴보았다. 이제 2 ~ 3기 재판부에서 진행된 헌법불합치 결정의 모습과 이에 대한 의회의 반응을 아래에서 검토하면서, 의회에 공유된 규범이 태동하고 있는 것인지 살펴보도록 한다.

3. 1. 2~3기 재판부의 헌법불합치 결정의 양상

2 ~ 3기 재판부까지 아래 표와 같이 헌법불합치 결정은 총 38회 있었다. 2기 재판부는 총 11회를 선고하였고, 그 중에 개정 입법 시한을 제시하지 아니한 형태의 헌법불합치 결정은 총 4건이었다. 3기 재판부는 헌법불합치 결정을 총 27회가 선고하였고, 그중 개정 입법 시한을 제시하지 아니한 형태의 헌법불합치 결정은 18회에 달하였다.

[표 9] 2~3기 재판부 헌법불합치 결정 사례 (1994. 7. 29. ~ 2006. 2. 23.)

순번	재판부	심판대상	사건 번호	선고 일자	개정 입법 시한
1	2기	토지초과이득세법 제10조 등	92헌바49 등	1994. 7. 29.	제시 X
2	〃	구 특허법 제186조 제1항 등	93헌가8 등	1995. 9. 28.	1997. 12. 31.
3	〃	구 소득세법 제60조	91헌바1 등	1995. 11. 30.	제시 X
4	〃	민법 제847조	95헌가14 등	1997. 3. 27.	제시 X

		제1항			
5	〃	민법 제809조 제1항	95헌가6 등	1997. 7. 16.	1998. 12. 31.
6	〃	근로기준법 제37조 제2항	94헌바19 등	1997. 8. 21.	1997. 12. 31.
7	〃	민법 제1026조 제2호	96헌가22 등	1998. 8. 27.	1999. 12. 31.
8	〃	도시계획법 제21조	89헌마214 등	1998. 12. 24.	제시 X
9	〃	한국방송공사법 제35조	98헌바70	1999. 5. 27.	1999. 12. 31.
10	〃	도시계획법 제4조	97헌바26 등	1999. 10. 21.	2001. 12. 31.
11	〃	지방세법 제111조 제2항	99헌가2	1999. 12. 23.	2000. 12. 31.
1	3기	법인세법 제59조의2 제1항	96헌바95 등	2000. 1. 27.	제시 X
2	〃	형사소송법 제482조 제1항	99헌가7	2000. 7. 20.	제시 X
3	〃	국적법 부칙 제7조	97헌가12	2000. 8. 31.	제시 X
4	〃	지방세법 제233조의9 제1항 제2호	2000헌바59	2001. 4. 26.	제시 X
5	〃	부동산실권리자명의등기에관한법률 제10조제1항	99헌바71 등	2001. 5. 31.	2002. 6. 30.
6	〃	구 상속세법 제9조 제1항	99헌바54	2001. 6. 28.	제시 X
7	〃	고엽제후유의증환자지원등에관한법률 제8조 제1항 제1호	99헌마516	2001. 6. 28.	제시 X
8	〃	세무사법 부칙 제3항	2000헌마152	2001. 9. 27.	제시 X
9	〃	변리사법 부칙 제4항	2000헌마208	2001. 9. 27.	제시 X

10	〃	공직선거및선거부정방지법 [별표1] 선거구	2000헌마92	2001. 10. 25.	2003. 12. 31.
11	〃	재외동포의출입국과법적지위에관한법률 제2조 제2호	99헌마494	2001. 11. 29.	2003. 12. 31.
12	〃	지적법 제28조 제2항	2000헌마81	2002. 5. 30.	2003. 12. 31.
13	〃	약사법 제16조 제1항	2000헌바84	2002. 9. 19.	제시 X
14	〃	국가정보원직원법 제17조 제2항	2001헌가28	2002. 11. 28.	2003. 12. 31.
15	〃	구 전통사찰보존법 제6조 제1항 제2호	2001헌바64	2003. 1. 30.	제시 X
16	〃	구 사립학교법 제53조의2 제3항	2000헌바26	2003. 2. 27.	제시 X
17	〃	구 소득세법 제101조 제2항	2000헌바28	2003. 7. 24.	제시 X
18	〃	지방세법 제121조 제1항	2003헌바16	2003. 9. 25.	제시 X
19	〃	교원지위향상을위한특별법 제9조 제1항	2002헌바14	2003. 12. 28.	제시 X
20	〃	민법 부칙 제3항	2002헌바40	2004. 1. 29.	제시 X
21	〃	형사소송법 제214조의2 제1항	2002헌바104	2004. 3. 25.	제시 X
22	〃	학교보건법 제6조 제1항 제2호	2003헌가1	2004. 5. 27.	제시 X
23	〃	민법 제781조 제1항 본문 후단	2001헌가9 등	2005. 2. 3.	제시 X
24	〃	정부투자기관관리기본법 제20조 제2항	2003헌바40	2005. 4. 28.	2006. 4. 30.
25	〃	국가를당사자로하는계약에관한법률 제27조 제1항	2005헌가1	2005. 6. 30.	2006. 4. 30.

26	〃	민법 제781조 제1항	2003헌가5	2005. 12. 22.	2007. 12. 31.
27	〃	국가유공자등예우 및지원에관한법률 제31조 제1항	2004헌마675 등	2006. 2. 23.	2007. 6. 30.

헌법재판소는 헌법 불합치 결정에 개정 입법 시한을 부여함으로써 의회에 입법을 하도록 압박을 한다. 따라서 개정 입법 시한을 부여하는 형태가 사법적극주의적 태도에 더 가까운 면모라고 볼 수 있다. 그런데 헌법재판소가 부여한 개정 입법 시한이 도과될 때까지 입법이 이루어지지 않으면 심판대상법률의 효력이 어떻게 되는지 아무런 명문의 규정도 없고, 헌법재판소는 의회가 개정 입법 시한이 도과하기 전에 반드시 개정하리라는 확신을 가질 수도 없는데(남복현 2010), 이러한 불안정한 상태에 대한 우려는 2기 재판부에서도 이어졌다. 즉, 아래처럼 2기 재판부 조승형 재판관은 헌법불합치 결정 방식 자체에 대하여 반대하는 등 재판부 내부에서 갈등이 있었고, 따라서 2기 재판부까지만 해도 의회에 일치된 의견으로 법률 개정을 압박하는 강한 입장(개정 입법 시한을 정하여 법률의 효력을 좌우하는 결정)을 취하기는 어려웠을 것으로 보인다.

"나는 우리재판소가 10차에 걸쳐 행한 헌법불합치의 각 결정들(1989. 9. 8. 88헌가6; 1991. 3. 11. 91헌마21; 1993. 3. 11. 88헌마5; 1994. 7. 29. 92헌바49등; 1995. 9. 28. 92헌가11등; 1995. 11. 30. 91헌바1등; 1997. 3. 27. 95헌가14등; 1997. 7. 16. 95헌가6등; 1997. 8. 21. 94헌바19등; 1998. 8. 27. 96헌가22등 각 결정)에 관하여 판례변경을 하지 아니하고 그대로 유지한 다수의견에 대하여 위 판례를 변경하여 단순 위헌 선언을 하여야 한다는 취지로 반대한다. 그 이유는 위 92

헌가11등 특허법 제186조 제1항 등 위헌제청, 91헌바1등 소득세법 제60조, 구 소득세법 제23조 제4항 등에 대한 헌법소원 사건의 각 결정시에 반대의견으로 상세히 밝힌 바 있으므로 이를 그대로 인용하며 그 요지는 다음과 같다. 첫째, 헌법불합치결정은 헌법 제111조 제1항 제1호 및 제5호, 헌법재판소법 제45조, 제47조 제2항의 각 명문규정에 반한다. 둘째, 위 판례와 다수의견이 독일헌법재판소의 판례를 수용하여 헌법불합치결정의 판례를 정립하려 하나, 독일과 우리의 법제는 서로 다르므로 이를 그대로 수용할 수는 없다."

2 ~ 3기 재판부는 헌법불합치 결정에 개정 입법 시한을 부여하지 않는 형식 많이 취하였다. 즉, 2 ~ 3기 헌법불합치 결정문 중 개정 입법 시한을 제시하지 않은 결정문이 약 70%를 차지하였다. 위 결정문들의 내용만으로는 개정 입법 시한을 제시하지 않은 이유를 구체적으로 파악하기는 어려웠다. 다만, 2기 재판부의 헌법불합치 결정문 중에서 개정 입법 시한을 설정하지 않은 원론적인 이유를 아래와 같이 알 수 있었다.

"입법자가 제반 사정을 고려하여 결정해야 할 문제이므로, 입법자가 이 사건 법률조항을 대체할 합헌적 법률을 입법할 때까지는 위헌적인 법규정을 존속케 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있어 헌법불합치결정을 선고한다."[31]

한편, 3기 재판부가 개정 입법 시한을 설정하지 않은 이유는 아래와 같다.

---

31) 헌법재판소 2002. 9. 19. 2000헌바84 결정

"이 사건 법률조항의 위헌성, 즉 이중과세의 문제점을 제거하고 합헌적으로 조정하는 데에는 여러 가지 선택 가능성, 예를 들어, 증여자에 대한 양도소득세부과처분이 확정될 경우 수증자가 납부한 증여세 등을 환급하거나 또는 이를 증여자에 대한 양도소득산출세액에서 공제하는 규정을 두어 그 입법목적을 달성할 수 있는데, 그 중에서 어떤 선택을 할 것인가는 입법자가 제반 사정을 참작하여 결정하여야 할 문제라는 점도 고려되어야 한다."[32]

즉, 2 ~ 3기 재판부의 헌법불합치 결정에서 파악할 수 있는 점은 4기 이후의 재판부의 입장과는 달리 소극적인 관점에서 의회에 '다양한 선택 사항'이 있고, 그 선택 권한도 '의회'에 있음을 강조하고 있으며, 다양한 선택 사항을 어떻게 고를지 그 판단의 근거인 '제반 사정'은 의회만이 결정할 수 있다는 점을 강조하였다. 종합하여 보면, 2 ~ 3기 재판부의 결정문에서는 헌법불합치 결정으로 심판대상법률의 위헌성을 확인하되, 의회의 광범위한 입법형성권에 대한 존중을 우선하여 두었다. 즉, 2 ~ 3기 재판부는 전반적으로 사법적극주의의 논쟁의 관점에서 비교적 온건한 태도를 취하였다는 점을 읽어낼 수 있다.

3. 2. 의회의 느슨한 반응

헌법재판소가 헌법불합치 결정을 선고를 함으로써 법률 개정의 촉구 신호를 의회에 보냈다면, 초대 재판부에서의 사례와 같이 해당 의회는 이에 어떠한 형태로든 반응을 하게 될 것이다. 앞서 이론적 배

32) 헌법재판소 2003. 7. 24. 2000헌바28 결정

경을 검토하면서 살펴보았듯이, 아래의 표를 보면 2기 재판부 임기 중 선고한 헌법불합치 결정을 받은 심판대상법률이 어떠한 경과로 개정되었는지 파악할 수 있다. 2기 재판부 임기 중 14~15대 의회 당시 선고된 헌법불합치 결정 사례는 총 11건이다. 그중 14대 의회 당시에 선고된 헌법불합치 결정 건수는 총 3건, 15대 의회 당시에 선고된 헌법불합치 결정 건수는 총 8건이었다. 14대 의회 당시에 선고된 헌법불합치 결정의 대상이 되었던 심판대상법률 3건은 모두 14대 의회에서 개정이 되었음을 확인할 수 있다. 그런데 15대 의회에서는 7건 중에 4건이 15대 의회 임기 내에 개정하지 아니하였으며, 개정된 3건 중에도 2건은 '개정 입법 시한'이 부여되어 있던 심판대상법률(민법 제1026조, 도시계획법 제4조)들이었는데, 이마저도 개정 입법 시한을 도과하여 개정하였다. 아래의 표만으로 15대 의회에서는 헌법불합치 결정에 따른 개정 입법 활동이 전혀 없었다고 할 수는 없지만 개정 입법 활동이 활발하지 않았다고 평가할 수 있다. 즉, 15대 의회는 헌법재판소의 개정 촉구 신호에 느슨하게 반응하고 있음을 미루어 짐작할 수 있다.

[표 10] 2기 재판부 임기 중 14~15대 의회 당시의 헌법불합치 결정 사례

순번	재판부/해당의회	심판대상법률	선고일자	14대 의회 개정 여부	15대 의회 개정 여부	비고
1	2기/14대	토지초과이득세법 제10조 등	1994. 7. 29.	○		※ △는 개정 입법시한이 부여된 심판대상법률로 향으로 개정 입법
2	2기/14대	구 특허법 제186조 제1항 등	1995. 9. 28.	○		
3	2기/14대	구 소득세법 제60조	1995. 11. 30.	○		

4	2기/15대	민법 제847조 제1항	1997. 3. 27.	-	×	시한을 도과하여 개정한 경우를 의미
5	2기/15대	민법 제809조 제1항	1997. 7. 16.	-	×	
6	2기/15대	근로기준법 제37조 제2항	1997. 8. 21.	-	○	
7	2기/15대	민법 제1026조 제2호	1998. 8. 27.	-	△(1개월)	
8	2기/15대	도시계획법 제21조	1998. 12. 24.	-	×	
9	2기/15대	지방세법 제111조 제2항	1999. 5. 27.	-	○	
10	2기/15대	도시계획법 제4조	1999. 10. 21.	-	△(7개월)	
11	2기/15대	한국방송공사법 제35조	1999. 12. 23.	-	×	

한편, 아래의 표들을 함께 보면, 14대 의회에서는 국회 본회의에서 헌법불합치에 관한 언급이 1번, 위헌이라는 용어에 대한 언급 45번 밖에 없었으며, 15대에서는 헌법불합치 결정에 관한 언급이 국회 본회의와 국회 재정경제위원회에서 각각 2번, 위헌이라는 용어가 본회의와 상임위원회를 합쳐 총 68번 밖에 없었다. 2기재판부 임기 중 14 ~ 15대 의회에서 헌법불합치 결정이 11회나 있었음에도 불구하고 의회에서 헌법불합치나 위헌 결정에 대한 언급이 100회도 되지 않았던 점에 비추어 보면, 15대 의회까지는 헌법불합치 결정에 대하여 예민하게 반응을 하였다거나, 헌법불합치 결정에 관한 정치적으로 의미있는 이슈는 아니었다고 해석할 수 있다. 이를 통해 보면, 15대 의회까지는 의회 내에 헌법불합치 결정에 따른 법률 개정에 관한 규범이 자리 잡은 것이 아니었고, 기능적 권력분립의 원칙의 관점에서 의회

가 헌법재판소의 규범통제의 기능에 반응은 하되 그 정도가 느슨한 상태였다고 평가할 수 있다. 제도적인 관점에서 비추어 보아도, 헌법불합치 결정에 대한 '내면적 규범'이 의회에 자리 잡은 것이 아닌 이상, 헌법불합치 결정 그 자체만으로 곧 바로 의회 내에 법률의 개정이 이루어지리라는 결과를 담보할 수 있었던 시기는 아니었다고 사료된다.

[표 11-1] 14대(1992 ~ 1996) 의회 헌법불합치 등 용어 언급 빈도

회의의 종류	헌법불합치 언급 횟수	위헌 언급 횟수	한정위헌 언급 횟수
국회 본회의	1	45	0
합계	1	45	0

[표 11-2] 15대(1996 ~ 2000) 의회 헌법불합치 등 용어 언급 빈도

회의의 종류	헌법불합치 언급 횟수	위헌 언급 횟수	한정위헌 언급 횟수
국회 본회의	2	60	0
상임위원회	2	8	0
합계	4	68	0

다만, 헌법불합치 결정 방식을 입법권에 대한 침해로 이해하였던 13대 의회 때와는 달리 14대 의회부터는 헌법불합치 결정 방법의 필요성이나 헌법불합치 결정이 있음에도 의회가 반응하지 아니할 경우 헌정주의 발전에 저해를 초래할 수 있다는 인식이 싹트기 시작하였음을 확인할 수 있었다. 14대 의회의 헌법재판소에 대한 법제사법위원회의 국정감사 과정에서 정기호 의원이 발언에서 이러한 부분을 찾아낼 수 있었다.

"○ 정기호 위원 : 헌법재판소에서 헌법불합치니 일부위헌이니 한정위헌이니 위헌이니 나온 분야가 실질적으로 후속조치에 대해 헌법재판소에서 점검을 해야 되리라고 믿습니다. 위헌으로 결정이 났는데도 그것이 시정되지 않는다고 할 때에는 민주주의, 법치주의 자체에 먹칠하는 결과이기 때문에 그 후속 조치에 관계되는 것은 헌법재판소 행정사무를 담당하는 사무처에서 챙겨야 될 일이라고 생각합니다."(1994. 9. 29. 14대 의회 제170회 법제사법위원회의 헌법재판소에 대한 국정감사)

3. 3. 의회의 공유된 규범의 진화

아래 표에서 3기 재판부 임기 중 16~17대[33] 의회 임기 내에서 이루어진 헌법불합치 결정과 그 법률의 개정 양상을 파악할 수 있다. 3기 재판부 임기 중 16 ~ 17대 의회 당시 선고된 헌법불합치 결정 사례는 총 26건이다. 그중 16대 의회 당시에 선고된 헌법불합치 결정 건수는 20건, 17대 의회 당시에 선고된 헌법불합치 결정 건수는 6건이다. 이에 16대 의회 당시에 선고된 헌법불합치 결정의 대상이 되었던 심판대상법률 20건 중에 11건이 16대 의회에서 개정되었고, 7건은 16대 의회에서 개정되지 못하고 17대 의회에서 개정되었으며, 나머지 2건은 현재까지도 개정되지 않고 있다. 한편, 3기 재판부가 17대 의회 임기 내에서 선고한 헌법불합치 결정 건수 6건은 모두 17대 의회 내에 개정되었다. 15대 의회에서의 자료와 비교하여 보았을 때, 16 ~ 17대 의회가 헌법불합치 결정의 취지를 더욱 존중하였으며, 헌법불합

33) 3기재판부 임기 중 15대 국회 때 헌법불합치 결정 선고가 이루어진 것은 법인세법 제59조의2 1건 뿐이어서 위 표에서 생략하였다.

치 결정에 따른 개정 촉구 신호를 수용하였다고 분석할 수 있다.

[표 12] 3기 재판부 임기 중 15~17대 의회 당시의 헌법불합치 결정 사례

순번	재판부/해당의회	심판대상법률	선고일자	15대 의회 개정 여부	16대 의회 개정 여부	17대 의회 개정 여부	비고
1	3기/15대	법인세법 제59조의2 제1항	2000. 1. 27.	○	-	-	※ △는 개정 입법시한이 부여된 심판대상법률로 항으로 개정 입법시한을 도과하여 개정한 경우를 의미
2	3기/16대	형사소송법 제482조 제1항	2000. 7. 20.	-	×	○	
3	〃	국적법 부칙 제7조	2000. 8. 31.	-	○	-	
4	〃	지방세법 제233조의9 제1항 제2호	2001.4.26.	-	○		
5	〃	부동산실권리자명의등기에관한법률제10조제1항	2001. 5. 31.	-	○		
6	〃	구 상속세법 제9조 제1항	2001.6.28.	-	×	×	
7	〃	고엽제후유의증환자지원등에관한법률 제8조 제1항 제1호	2001.6.28.	-	○		
8	〃	세무사법 부칙 제3항	2001. 9. 27.	-	○		
9	〃	변리사법 부칙 제4항	2001. 9. 27.	-	○		
10	〃	공직선거및선거부정방지법 [별표1] 선거구	2001. 10. 25.	-	○	-	
11	〃	재외동포의출입국과법적지위에관한법률 제2조	2001. 11. 29.	-	△ (3개월)		

		제2호					
12	〃	지적법 제28조 제2항	2002.5.30.	-	○		
13	〃	약사법 제16조 제1항	2002. 9. 19.	-	×	×	
14	〃	국가정보원직원법 제17조 제2항	2002. 11. 28.	-	○		
15	〃	구 전통사찰보존법 제6조 제1항 제2호	2003. 1. 30.	-	×	○	
16	〃	구 사립학교법 제53조의2 제3항	2003. 2. 27.	-	×	○	
17	〃	구 소득세법 제101조 제2항	2003. 7. 24.	-	×	○	
18	〃	지방세법 제121조 제1항	2003. 9. 25.	-	○	-	
19	〃	교원지위향상을 위한특별법 제9조 제1항	2003. 12. 28.	-	×	○	
20	〃	민법 부칙 제3항	2004. 1. 29.	-	×	○	
21	〃	형사소송법 제214조의2 제1항	2004. 3. 25.	-	×	○	
22	3기/17대	학교보건법 제6조 제1항 제2호	2004. 5. 27.	-	-	○	
23	〃	민법 제781조 제1항 본문 후단	2005. 2. 3.	-	-	○	
24	〃	정부투자기관관리기본법 제20조 제2항	2005. 4. 28.	-	-	△ (5개월)	
25	〃	국가를당사자로	2005. 6. 30.	-	-	○	

		하는계약에관한 법률 제27조 제1항					
26	〃	국가유공자등예우 및지원에관한법률 제31조 제1항	2006. 2. 23.	-	-	○	
27	〃	민법 제781조 제1항	2005. 12. 22.	-	-	○	

한편, 국회 회의록에서 헌법불합치 등 용어 사용의 빈도를 보면 16 ~ 17대 국회에서의 빈도가 14 ~ 15대 국회에서의 빈도에 비하여 상당히 늘었다는 점을 파악할 수 있다. 헌법불합치 이외에도 위헌 내지 한정위헌이라는 용어가 의회 회의석상에 1,000회 이상 등장하였던 것을 발견할 수 있었다. 헌법불합치 결정에 따른 법률 개정을 위한 공청회로 16대 의회에서 4회, 17대 의회에서 13회 언급이 되었다는 점도 주목할 필요가 있다. 이러한 점을 바탕으로 보면, 16대 의회부터 헌법불합치 결정에 의회가 법률을 개정하라는 촉구 신호로서 반응하여야 한다는 점에 '공유된 규범'이 의회 내에 스며들고 있음을 추론해 낼 수 있다.

[표 13-1] 16대(2000 ~ 2004) 의회 헌법불합치 등 용어 언급 빈도

회의의 종류	헌법불합치 언급 횟수	위헌 언급 횟수	한정위헌 언급 횟수
국회 본회의	4	75	1
상임위원회	33	479	11
특별위원회	11	102	5
인사청문회	2	29	5
소위원회	7	88	11
전원위원회	0	1	0
국정감사	52	301	0
국정조사	0	3	0
공청회	4	36	1
합계	113	1,114	34

[표 13-2] 17대(2004 ~ 2008) 의회 헌법불합치 등 용어 언급 빈도

회의의 종류	헌법불합치 언급 횟수	위헌 언급 횟수	한정위헌 언급 횟수
국회 본회의	5	114	0
상임위원회	48	782	6
특별위원회	10	111	4
인사청문회	8	65	5
소위원회	19	416	0
전원위원회	0	0	0
국정감사	14	198	4
국정조사	0	4	0
공청회	13	146	0
청문회	0	3	0
합계	117	1,839	19

국회 회의록 등 자료를 보더라도 16 ~ 17대 국회 본회의뿐만 아니라 법제사법위원회에서 헌법불합치 결정을 존중하고, 그에 따라 법률을 개정하여야 한다는 취지의 발언 및 헌법재판소의 결정에 느슨하게 대응했던 과거를 반성하는 취지의 발언을 발견할 수 있었다. 한편, 국회의장과 법제사법위원장이 각 회의에서 의원들을 상대로 헌법불합치

결정으로 인한 법률은 위헌 상태에 있으며 이는 반드시 개정하여야 할 것임을 피력하면서 헌정주의 실현에 대한 강한 의지를 드러내고 있는 것도 볼 수 있다. 또한 국회의장의 발언을 통해서 개정 입법 시한이 부여된 헌법불합치 결정에 따라 입법까지 시간적인 압박이 있음을 재촉하고 있는 것도 알 수 있다. 이러한 발언은 15대 의회에서는 찾아볼 수 없었던 발언이었고, 헌정주의에 관한 인식 및 헌법불합치 결정에 대한 반응 속도의 증가라는 평가를 할 수 있다는 점에서 의미가 있다.

"○ 최병국 위원 : 그리고 금년에 할 법안이 193개인데, 기일 내에 다 되기를 바라겠습니다마는, 이것 우리가 늘 법제처에 요청하는 사항입니다. 헌법재판소에서 88년 창설이래부터 시작해 가지고 작년 12월 말까지 273개 법률조항에 대해서 위헌이다, 헌법불합치 뭐 그런 결정을 했습니다마는, 지금 현재까지도 47개 조항이 아직까지 정비가 안 된 상태입니다. 그 중에서 17개는 국회에 개정안이 계류되어 있고 30개는 아직도 방치가 되어 있는데, 이것 해마다 이야기하면 곧 정비하겠다고 하는데 이번에 금년도에 193개 중에서는 이 30개 중에서 지적법 그 1건뿐인 것으로 알고 있습니다. 그러면 그것도 뭐 몇 건 넣어 가지고 정리해야 되는 것 아닙니까? 지적법 1건뿐이지요?
○ 성광원 법제처장 : 아닙니다. 보시면 입법계획 중에서 그 위헌조항이 개정사항이 포함된 법률안이 지적법을 포함해서 7건이 있어요.
○ 최병국 위원 : 7건 같으면 23건이 남아 있잖아요. 23건도 빨리 좀 정리를 하도록 하세요.
○ 성광원 법제처장 : 알겠습니다."(2003년 4월 14일 16대 의회 제238회 제1차 법제사법위원회 회의)

"○ 김학원 위원 : 우선 법을 만드는 입법기관에서 헌법재판소의 판결을 왜곡시키거나 판결의 내용을 바꾸어 가면서 입법해 나가는 것은 그렇게 바람직스럽지 않다는 생각이 들어서 헌법재판소의 판결을 그대로 존중해서 해석할 필요가 있다."(2003. 10. 28. 16대 의회 제243회 제12차 정치개혁특별위원회 회의)

"○ 박관용 국회의장 : 의원 여러분, 지난 수개월 동안 우리 국회는 정치개혁특별위원회를 만들어서 선거법, 정당법, 정치자금법 개정 논의를 해 왔습니다. 헌법재판소에서 판결을 내린 헌법불합치 판결을 우리 국회에서 눈앞에 보면서, 이제 이틀이 지나면 그 시한이 지나갑니다. 국회가, 입법부가 스스로 이렇게 위헌 상태를 만들어 가는 것 정말 국민에게 부끄럽기 그지없는 일입니다. 만약에 위헌 판결이 그대로 유지된다면 우리 정당의 기초인 지구당에 관한 법적 문제가 대단히 복잡하게 얽히게 됩니다. 어떻게 하든 이 문제는 해결되어야 됩니다. …(중략)… 계속해서 위헌 상태를 더 이상 끌고 갈 수 없다는 사실을 저는 분명히 여러분에게 말씀드립니다."(2003. 12. 29. 16대 의회 제244회 제4차 국회 본회의)

"○ 최연희 위원장 : 위원 여러분께서도 잘 아시는 바와 같이 그간 헌법재판소에서 위헌 또는 헌법불합치 결정을 받은 법률이 다수 있습니다. 위헌 또는 헌법불합치 결정이 있은 법률에 대하여는 국회가 해당 조항 등에 대한 개정 또는 입법 조치를 하는 것이 바람직합니다마는 아직 그러한 조치가 이루어지지 아니한 채 미정비 법률로 그냥 남아 있습니다. …(중략)… 국회가 이들 법률에 입법 조치를 하지 아니할 경우 국민들로부터 직무유기라는 비난을 받을 소지가 다분히 있습

니다. …(중략)… 그리고 이 조치는 법제사법위원회의 고유 법률이기는 하지만 법사위가 솔선수범해서 헌재의 위헌결정 또는 불합치결정이 난 것을 스스로 정비함으로써 관련 부처나 다른 상임위에 대해서도 조속히 관련 법률들을 개정 내지 폐지하도록 촉구한다는 의미도 강합니다. 그래서 법사위원회에서 전에 없던 하나의 새로운 좋은 전례를 만들기 위해서 이번에 이런 조치를 하는 것입니다. 그래서 제1소위원회 위원 여러분께서는 그 취지를 충분히 감안하셔서 아주 빠른 시일 내에 처리해 주시고 성안해 주시면 21일 법사위 전체회의에서 의결한 다음에 22일 본회의에 상정될 수 있도록 협조를 해 주시면 합니다."(2004. 9. 16. 17대 의회 제250회 제3차 법제사법위원회 회의)

이 부분에서 거론한 자료들을 종합하여 보면, 16대 국회에서부터는 헌법불합치 결정이 있으면, 심판대상법률을 합헌적으로 그리고 신속하게 개정하여야 한다는 규범이 태동하여 의원들에게 주지되어가고 있다고 분석할 수 있다. 공유된 규범이 태동하게 된 원인을 찾는다면, 제3장에서 거론한 의회의 존중 준거들과 차이가 없다. 구체적으로 분석하면 13대 의회 이후 17대 의회로 넘어올수록 ① 의회 내에서 헌정주의에 대한 인식이 더욱 강해졌다는 점, ② 행정부 역시 반복적으로 헌법불합치 결정을 접하였음에도 그 결정의 취지를 수용하고 있는 점, ③ 특히 의회가 개정 입법 시한이 부여된 헌법불합치 사건들에 대하여 시한 도과로 인한 법률 효력 상실에 따른 입법 공백 상태에 대한 시간적 압박을 느끼고 있었던 점, ③ 반복된 헌법재판소의 헌법불합치 결정을 의회가 목도하고 있었고, 대부분의 그 결정 내용 자체에 대하여 큰 이견이 없다는 점이 그 준거들이다.

제 4 절 4기 재판부 이후 진일보한 사법적극주의적 태도와 의회의 변화

4. 1. 보다 강한 헌법불합치 결정 태도로의 전환

4기 재판부 이후 현재까지는 헌법불합치 결정이 총 80회 있었다. 4기 재판부에서는 총 38회가 선고되었고 그중에 개정 입법 시한을 제시하지 아니한 형태의 헌법불합치 결정은 총 8건, 5기 재판부에서는 헌법불합치 결정이 총 39회가 선고되었고 그중에 개정 입법 시한을 제시하지 아니한 형태의 헌법불합치 결정이 4회에 불과하였다. 6기 재판부에서는 헌법불합치 결정이 본 연구 시점까지 2회가 선고되었으며 개정 입법 시한을 제시하지 아니한 형태의 헌법불합치 결정은 0건이었다.

[표 14] 4~6기 재판부 임기 중 헌법불합치 결정 사례 분류

순번	재판부	심판대상	사건 번호	선고 일자	개정 입법 시한
1	4기	부동산실권리자명의등기에관한법률 제5조제2항	2005헌가17	2006. 5. 25.	2007. 5. 31.
2	〃	신문등의자유와기능보장에관한법률 제17조 등	2005헌마165	2006. 6. 29.	제시 X
3	〃	공직선거법 제26조 제1항에 의한 별표2	2005헌마985	2007. 3. 29.	2008. 12. 31.
4	〃	공무원연금법 제64조 제1항 제1호	2005헌바33	2007. 3. 29.	2008. 12. 31.
5	〃	공직자등의병역사항신고및공개에관	2005헌마1139	2007. 5. 31.	2007. 12. 31.

		한법률 제3조			
6	〃	공직선거및선거부정방지법 제15조 제2항	2004헌마644	2007. 6. 28.	2008. 12. 31.
7	〃	주민투표법 제5조	2004헌마643	2007. 6. 28.	2008. 12. 31.
8	〃	실화책임에관한법률	2004헌가25	2007. 8. 30.	제시 X
9	〃	의료법 제33조 제2항	2004헌마1021	2007. 12. 27.	2008. 12. 31.
10	〃	우체국예금보험에관한 법률 제45조	2006헌바5	2008. 5. 29.	2010.1.1.
11	〃	의료법 제19조의2 제2항	2004헌마1010	2008. 7. 31.	2009. 12. 31.
12	〃	영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률 제29조 제2항 제5호	2007헌가4	2008. 7. 31.	2009. 12. 31.
13	〃	학교용지 확보 등에 관한 특례법 제5조 제4항	2007헌가9	2008. 9. 25.	2009. 6. 30.
14	〃	구 종합부동산세법 제5조	2006헌바112 등	2008. 11. 13.	2009. 12. 31.
15	〃	공직선거법 제56조 제1항 제1호	2007헌마1024	2008. 11. 27.	2009. 12. 31.
16	〃	방송법 제73조 제5항	2006헌마352	2008. 11. 27.	2009. 12. 31.
17	〃	공직선거법 제261조 제5항 제1호	2007헌가22	2009. 3. 26.	제시 X
18	〃	국세징수법 제78조 제2항	2007헌가8	2009. 4. 30.	2009. 12. 31.
19	〃	공직선거법 제200조 제2항	2008헌마413	2009. 6. 25.	2010. 12. 31.
20	〃	군인연금법 제33조 제1항 제1호	2008헌가1	2009. 7. 30.	2009. 12. 31.
21	〃	집회및시위에관한법률 제10조	2008헌가25	2009. 9. 24.	2010. 6. 30.
22	〃	형사소송법 제482조 제1항 등	2008헌가13	2009. 12. 29.	제시 X

23	〃	군인연금법 제23조 제1항	2008헌바128	2010. 6. 24.	2011. 6. 30.
24	〃	사립학교교직원 연금법 제42조 제1항	2008헌가15	2010. 7. 29.	제시 X
25	〃	형사보상법 제7조	2008헌가4	2010. 7. 29.	2011. 12. 31.
26	〃	병역법 제35조	2008헌가28	2010. 7. 29.	2011. 6. 30.
27	〃	민법 제818조	2009헌가8	2010. 7. 29.	2011. 12. 31.
28	〃	지방자치법 제111조 제1항 제3호	2010헌마418	2010. 9. 2.	2011. 12. 31.
29	〃	통신비밀보호법 제6조 제7항	2009헌가30	2010. 12. 28.	2011. 12. 31.
30	〃	구소득세법제104조 제1항제4호등	2009헌바146	2011. 11. 24.	2013. 6. 30.
31	〃	국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제2조	2008헌바166	2011. 6. 30.	2012. 12. 31.
32	〃	농업협동조합법 제174조 제4항	2010헌가86	2011. 6. 30.	2012. 3. 1.
33	〃	의료기기법 제32조 제1항 제5호	2010헌가93	2011. 9. 29.	제시 X
34	〃	공직선거법 제155조 제2항	2010헌마601	2012. 2. 23.	2013. 6. 30.
35	〃	상속세 및 증여세법 제19조 제2항	2009헌마190	2012. 5. 31.	2012. 12. 31.
36	〃	구토양환경보전법 제10조의3제3항제3호	2010헌바28	2012. 8. 23.	제시 X
37	〃	토양환경보전법제10조의3제3항제3호	2010헌바167	2012. 8. 23.	제시 X
38	〃	학교용지 확보 등에 관한 특례법 제5조 제1항	2011헌가32	2013. 7. 25.	2014. 12. 31.

1	5기	독립유공자예우에 관한 법률 제12조 제2항	2011헌마724	2013. 10. 24.	2015. 12. 31.
2	〃	공직선거법 제18조 제1항 제2호	2012헌마409	2014. 1. 28.	2015. 12. 31.
3	〃	학교용지 확보 등에 관한 특례법 제5조 제1항 단서 제5호	2013헌가28	2014. 4. 24.	2014. 12. 31.
4	〃	국민투표법제14조 제1항	2009헌마256	2014. 7. 24.	2015. 12. 31.
5	〃	새마을금고법 제21조 제1항 제8호	2013헌바208	2014. 9. 25.	제시 X
6	〃	공직선거법 제25조 제3항 별표1	2012헌마190	2014. 10. 30.	2015. 12. 31.
7	〃	지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률 제16조 제1항 제4호	2011헌바172	2014. 10. 30.	제시 X
8	〃	민법 제844조 제2항	2013헌마623	2015. 4. 30.	제시 X
9	〃	형법 제7조	2013헌바129	2015. 5. 28.	2016. 12. 31.
10	〃	성폭력범죄의처벌 등에관한특례법제42조제1항	2014헌마340	2015. 7. 30.	2016. 12. 31.
11	〃	여객자동차운수사업법제24조	2014헌바446	2015. 12. 23.	2017. 6. 30.
12	〃	형의집행및수용자의처우에관한법률 제88조	2013헌마712	2015. 12. 23.	2016. 12. 31.
13	〃	주민등록법 제7조 제3항	2013헌바68	2015. 12. 23.	2017. 12. 31.
14	〃	정치자금법 제45조 제1항	2013헌바168	2015. 12. 23.	2017. 6. 30.

15	〃	성폭력범죄자의성충동약물치료에관한법률제8조제1항	2013헌가9	2015. 12. 23.	2017. 12. 31.
16	〃	사립학교교직원연금법 제31조 제2항	2015헌가15	2016. 2. 25.	2017. 6. 30.
17	〃	군인연금법제33조 제3항	2015헌바20	2016. 7. 28.	2017. 12. 31.
18	〃	산업재해보상보험법 제37조 제1항 제1호 다목	2014헌바254	2016. 9. 29.	2017. 12. 31.
19	〃	정신보건법 제24조 제1항	2014헌가9	2016. 9. 29.	제시 X
20	〃	구 군인연금법 부칙	2015헌바208	2016. 12. 29.	2018. 6. 30.
21	〃	공직선거법 제56조 제1항 제2호	2015헌마509	2016. 12. 29.	2018. 6. 30.
22	〃	국민연금법 제64조	2015헌바182	2016. 12. 29.	2018. 6. 30.
23	〃	청원경찰법 제5조 제4항	2015헌마653	2017. 9. 28.	2018. 12. 31.
24	〃	구 소년법 제67조	2017헌가7	2018. 1. 25.	2018. 12. 31.
25	〃	공직선거법 제57조	2016헌마541	2018. 1. 25.	2019. 6. 30.
26	〃	형사소송법 제216조 제1항 제1호	2015헌바370	2018. 4. 26.	2020. 3. 31.
27	〃	법인세법 제60조 제9항 제3호	2016헌마116	2018. 4. 26.	2019. 12. 31.
28	〃	세무사법 제6조	2015헌가19	2018. 4. 26.	2019. 12. 31.
29	〃	집회 및 시위에 관한 법률 제11조 제1호	2013헌바332	2018. 5. 31.	2019. 12. 31.
30	〃	노동조합및노동관계조정법제81조제4호	2012헌바90	2018. 5. 31.	2019. 12. 31.

31	〃	병역법 제88조 제1항	2011헌바379	2018. 6. 28.	2019. 12. 31.
32	〃	집회 및 시위에 관한 법률 제23조 제1호	2015헌가28	2018. 6. 28.	2019. 12. 31.
33	〃	통신비밀보호법 제2조 제11호 바목 등	2012헌마191	2018. 6. 28.	2020. 3. 31.
34	〃	보훈보상대상자 지원에 관한 법률 제11조 제1항 제2호	2016헌가14	2018. 6. 28.	2019. 12. 31.
35	〃	집회 및 시위에 관한 법률 제11조 제1호	2018헌바137	2018. 7. 26.	2019. 12. 31.
36	〃	디엔에이신원확인 정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제8조	2016헌마344	2018. 8. 30.	2019. 12. 31.
37	〃	교원의노동조합설립및운영등에관한 법률제2조	2015헌가38	2018. 8. 30.	2020. 3. 31.
38	〃	통신비밀보호법 제5조 제2항	2016헌마263	2018. 8. 30.	2020. 3. 31.
39	〃	형사소송법 제405조	2015헌바77	2018. 12. 27.	2019. 12. 31.
1	6기	공직선거법 제26조 제1항에 의한 별표2	2018헌마415	2019. 2. 28.	2021. 12. 31.
2	〃	형법 제269조 제1항 등	2017헌바127	2019. 4. 11.	2020. 12. 31.

4기 재판부 이후부터 헌법불합치 결정에 개정 입법 시한을 부여하는 경우가 3기 재판부에 비해 비율적인 측면에서나 양적인 측면에서 모두 증가하였다. 이 현상을 사법적극주의 논의의 관점에서 보면, 헌법재판소가 의회에 개정 입법 시한을 구체적으로 부여하는 방향으로

헌법불합치 결정의 형태를 굳혀가면서, 의회의 입법권에 더욱 강한 견제를 하는 것으로 이해할 수 있다. 3기 재판부 이후 4기 재판부부터는 헌법재판소가 현재의 헌법재판소법에 따라 헌법불합치 결정을 할 수 있느냐에 관한 논란도 종식되어 헌법불합치 결정 자체를 할 수 없다는 의견을 개진하는 재판관도 없는 것으로 확인되었다. 4기 재판부에서부터 아래와 같이 '입법자가 ~까지 개정하지 아니하면 ~부터 효력을 상실한다.' 또는 '~을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.'라는 구체적인 문장으로써 법률의 효력 유지 시한 및 개정 입법 시한에 대하여 법적 구속력을 부여하겠다는 취지의 명시적인 의사를 표시하고 있다.

"【주문】
1. 부동산실권리자명의등기에관한법률(2002. 3. 30. 법률 제6683호로 일부 개정된 것) 제5조 제2항 본문은 헌법에 합치되지 아니한다.
2. 위 법률조항은 입법자가 2007. 5. 31.까지 개정하지 아니하면 2007. 6. 1.부터 그 효력을 상실한다.[34]

【주문】
1. 공무원연금법 제64조 제1항 제1호(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정된 이후의 것)는 헌법에 합치되지 아니한다.
2. 위 법률 조항은 2008년 12월 31일을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.[35]"

4기 재판부부터 과거보다 더 강한 태도로 구체적인 개정 입법 시한을 기재하여 개정 촉구 신호를 보내는 이유가 무엇인지 그 구체적인

34) 헌법재판소 2006. 5. 25. 선고 2005헌가17 결정
35) 헌법재판소 2007. 3. 29. 선고 2005헌바33 결정

이유는 결정문을 통해서 파악할 수 없었다. 그러나 개정 입법 시한을 도과할 때까지 입법이 이루어지지 않으면 심판대상법률의 효력이 어떻게 되는지 명문의 규정도 없고, 의회가 개정 입법 시한이 도과하기 전에 반드시 개정하리라는 확신을 가질 수 없다는 점(남복현 2010)은 4기 재판부 이후라고 그 사정이 다를 것은 없었다. 의회가 개정 입법 시한 전까지 법률을 개정하지 아니하면 결국 입법 공백 사태가 초래될 것을 예상하면서도 이와 같은 형태를 주된 헌법불합치 결정의 형태로 채택한 것은 헌법재판소가 의회로 하여금 개정 입법 절차에 보다 기민하고 신속하게 착수하도록 하게 할 이유에 기인한 것이라고 이해할 수 있다.

4. 2. 신속한 헌정주의로의 회복

아래 표에서 4기 재판부 임기 중 17 ~ 18대 의회 임기 내에서 이루어진 헌법불합치 결정과 법률의 개정 양상을 지난 3기 재판부 당시의 그것들과 비교하여 보면, 의회의 대응에 어떠한 변화가 있었는지 파악할 수 있다. 4기 재판부 임기 중 17 ~ 18대 의회 당시 선고된 헌법불합치 결정 사례는 총 34건이다. 그중 17대 의회 당시에 선고된 헌법불합치 결정 사례는 9건, 18대 의회 당시에 선고된 헌법불합치 결정 사례는 25건이다. 4기 재판부가 17대 의회 당시에 선고한 헌법불합치 결정의 심판대상법률 9건 중 17대 의회에서 단 2건 밖에 개정되지 아니하였다. 그런데 18대 의회에서 그 2건을 제외한 나머지 7건을 모두 개정하였을 뿐만 아니라, 18대 의회 임기 당시에 헌법불합치 결정을 받은 심판대상법률 25건 중 18대 의회 임기 내에 96%에 해당하는 21건을 개정하였다. 물론 그 21건 중에 3건은 헌법재판소가

부여한 개정 입법 시한보다 수개월 ~ 수년을 도과하여 개정된 사례이기는 하다. 아래 표에 대한 분석으로부터 끌어낼 수 있는 종합적인 내용으로 17대 국회 임기 후반(2006년 5월 이후)에는 비록 헌법불합치 결정의 대상이 되었던 법률에 대한 개정 활동이 주춤하였다고 볼 수 있으나, 18대 국회는 의회 임기 당시에 헌법불합치 결정을 받은 심판대상법률의 대부분을 개정하였다고 분석된다. 이는 적어도 17 ~ 18대 의회를 거치면서 헌법불합치 결정에 따른 합헌적 법률 개정에 관한 공유된 규범이 의회 내에 자리 잡으면서 하나의 제도로서 기능하고 있다고 볼 수 있다. 또한 권력분립의 원칙의 관점에서도 헌법재판소의 정책통제자로서의 역할이 비교적 신속하고, 원만하게 수행되고 있다고 판단할 수 있다.

[표 15-1] 4기 재판부 임기 중 17~18대 의회 당시의 헌법불합치 결정 사례

순번	재판부/해당의회	심판대상법률	선고일자	17대 의회 개정 여부	18대 의회 개정 여부	비고
1	4기/17대	부동산실권리자명의등기에관한법률제5조제2항	2006. 5. 25.	○		※ △는 개정 입법시한이 부여된 심판대상법률로 항으로 개정
2	〃	신문등의자유와기능보장에관한법률 제17조 등	2006. 6. 29.	×	○	
3	〃	공직선거법 제26조 제1항에 의한 별표2	2007. 3. 29.	×	△ (1년 2개월)	
4	〃	공무원연금법 제64조 제1항 제1호	2007. 3. 29.	×	△ (1년)	
5	〃	공직자등의병역사항신고및공개에관한법률 제3조	2007. 5. 31.	○		
6	〃	공직선거및선거부정	2007. 6. 28.	×	△	

		방지법 제15조 제2항			(2개월)	
7	〃	주민투표법 제5조	2007. 6. 28.	×	△ (2개월)	
8	〃	실화책임에관한법률	2007. 8. 30.	×	○	
9	〃	의료법 제33조 제2항	2007. 12. 27.	×	△ (1개월)	
10	4기/18대	우체국예금보험에 관한 법률 제45조	2008. 5. 29.	-	○	
11	〃	의료법 제19조의2 제2항	2008. 7. 31.	-	○	
12	〃	영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률 제29조 제2항 제5호	2008. 7. 31.	-	○	
13	〃	학교용지 확보 등에 관한 특례법 제5조 제4항	2008. 9. 25.	-	○	입법 시한을 도과하여 개정한 경우를 의미 / ()표시는 개정입법시한도다 초과한 시간을 의미
14	〃	구 종합부동산세법 제5조	2008. 11. 13.	-	△ (3년)	
15	〃	공직선거법 제56조 제1항 제1호	2008. 11. 27.	-	△ (3년)	
16	〃	방송법 제73조 제5항	2008. 11. 27.	-	○	
17	〃	공직선거법 제261조 제5항 제1호	2009. 3. 26.	-	○	
18	〃	국세징수법 제78조 제2항	2009. 4. 30.	-	○	
19	〃	공직선거법 제200조 제2항	2009. 6. 25.	-	○	
20	〃	군인연금법 제33조 제1항 제1호	2009. 7. 30.	-	○	
21	〃	집회및시위에관한법률 제10조	2009. 9. 24.	-	×	
22	〃	형사소송법 제482조 제1항 등	2009. 12. 29.	-	○	
23	〃	군인연금법 제23조	2010. 6. 24.	-	○	

		제1항				
24	〃	사립학교교직원 연금법 제42조 제1항	2010. 7. 29.	-	○	
25	〃	형사보상법 제7조	2010. 7. 29.	-	○	
26	〃	병역법 제35조	2010. 7. 29.	-	○	
27	〃	민법 제818조	2010. 7. 29.	-	△ (2개월)	
28	〃	지방자치법 제111조 제1항 제3호	2010. 9. 2.	-	○	
29	〃	통신비밀보호법 제6조 제7항	2010. 12. 28.	-	×	
30	〃	국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제2조	2011. 6. 30.	-	○	
31	〃	농업협동조합법 제174조 제4항	2011. 6. 30.	-	○	
32	〃	의료기기법 제32조 제1항 제5호	2011. 9. 29.	-	○	
33	〃	소득세법 제104조 제1항 제4호등	2011. 11. 24.	-	×	
34	〃	공직선거법 제155조 제2항	2012. 2. 23.	-	×	

더 나아가 연구 시점에서 시간적으로 가까운 5기 재판부의 헌법불합치 결정과 심판대상법률의 개정 현황을 아래 표와 같이 보면, 5기 재판부 구성 이후 19대 의회 임기 당시 16건의 헌법불합치를 선고하였고, 이에 19대 의회는 9건의 법률을 임기 내에 개정하였다. 그 이후 20대 의회가 새로이 등장하고 나서 20대 의회는 5기 재판부가 20대 의회 임기 중 선고한 헌법불합치 결정 중 개정 입법 시한을 2019.

6. 30.까지로 부여한 헌법불합치 결정 사건 합계 9건 모두 법률 개정을 하였다. 또한 19대 임기 후반에 선고되어 개정되지 아니 하였던 심판대상법률 7건 중 1건을 제외한 6건을 20대 의회에서 개정하였다. 20대 의회의 헌법불합치 결정의 심판대상법률에 대한 개정 양상이 전 의회(19대 의회) 임기 후반에 선고된 헌법불합치 결정 대상 중 개정되지 아니하였던 법률을 거의 개정함과 동시에 현 의회(20대 의회) 임기 전반에 선고된 헌법불합치 결정 대상 법률을 전부 개정한 양상은 19대 의회의 모습과 유사한 것으로 보인다.

[표 15-2] 5기 재판부 임기 중 19~20대 의회 당시의 헌법불합치 결정 사례

순번	재판부/해당의회	심판대상법률	선고일자	19대 의회 개정 여부	20대 의회 개정 여부	비고
1	5기/19대	학교용지 확보 등에 관한 특례법 제5조 제1항	2013. 7. 25.	△ (1개월)		※ △는 개정 입법시한이 부여된 심판대상법률로 항으로 개정 입법시한을 도과하여 개정한 경우를 의미 /( )표시는 개정입법시한도다 초과한 시간을 의미
2	〃	공직선거법 제18조 제1항 제2호	2014. 1. 28.	○		
3	〃	공직선거법 제25조 제3항 별표1	2014. 10. 30.	△ (2개월)		
4	〃	학교용지 확보 등에 관한 특례법 제5조 제1항 단서 제5호	2014. 4. 24.	△ (1개월)		
5	〃	국민투표법 제14조 제1항	2014. 7. 24.	×	현재 미개정	
6	〃	새마을금고법 제21조 제1항 제8호	2014. 9. 25.	○		
7	〃	지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률 제16조 제1항 제4호	2014. 10. 30.	○		
8	〃	민법 제844조 제2항	2015. 4. 30.	×	○	

9	〃	형법 제7조	2015. 5. 28.	×	○	
10	〃	성폭력범죄의처벌등에관한특례법제42조제1항	2015. 7. 30.	×	○	
11	〃	여객자동차운수사업법제24조	2015. 12. 23.	○		
12	〃	형의집행및수용자의처우에관한법률제88조	2015. 12. 23.	○		
13	〃	주민등록법 제7조제3항	2015. 12. 23.	○		
14	〃	정치자금법 제45조제1항	2015. 12. 23.	×	△ (1년 11월)	
15	〃	성폭력범죄자의성충동약물치료에관한법률제8조제1항	2015. 12. 23.	×	△ (1년 5월)	
16	〃	사립학교교직원연금법 제31조제2항	2016. 2. 25.	×	○	
17	5기/20대	군인연금법제33조제3항	2016. 7. 28.	-	○	
18	〃	산업재해보상보험법제37조 제1항 제1호 다목	2016. 9. 29.	-	○	
19	〃	정신보건법 제24조제1항	2016. 9. 29.	-	○	
20	〃	구 군인연금법 부칙	2016. 12. 29.	-	○	
21	〃	공직선거법 제56조제1항 제2호	2016. 12. 29.	-	○	
22	〃	국민연금법 제64조	2016. 12. 29.	-	○	
23	〃	청원경찰법 제5조	2017. 9. 28.	-	○	

		제4항				
24	〃	구 소년법 제67조	2018. 1. 25.	-	△ (5개월)	
25	〃	공직선거법 제57조	2018. 1. 25.	-	○	

즉, 헌법불합치 결정에 따른 법률 개정에 관한 공유된 규범이 의회 내에 정착되어 20대 의회에서도 동일하게 제도로서 기능하고 있고 할 수 있다.

4. 3. 공유된 규범의 확립

국회 회의록에서 헌법불합치 등 용어의 언급 빈도를 보면 18 ~ 20대 국회에서의 그 빈도가 의회 내 공유된 규범이 자리 잡기 전인 15 ~ 16대 의회에서의 그 빈도와 비교하였을 때 언급 빈도가 상당히 증가하였다. 물론 17대 의회에서는 위헌에 관한 언급 빈도가 18 ~ 20대 의회의 언급 빈도보다 높기는 하다. 그러나 헌법불합치에 관한 언급 빈도는 17대 의회에 비하여 18 ~ 19대 의회에서 훨씬 더 많이 언급되었다. 18대 이후 헌법불합치 결정을 받은 심판대상법률의 개정 양상과 헌법불합치 등 용어의 언급 빈도를 동시에 놓고 본다면, 헌법불합치 결정의 대상이 된 법률에 의회가 민감하게 반응함으로써 헌법불합치 결정의 심판대상법률이 의회 회의석상의 주제로 더 많이 거론하기도 하고, 심판대상법률을 보다 신속하게 개정하고 있다고 해석된다. 더 나아가 국회 회의록의 내용들을 함께 살펴보면 18대 의회부터는 헌법불합치 결정에 관한 의회 내의 공유된 규범이 확립되었다고 분석된다.

[표 16-1] 18대(2008 ~ 2012) 의회 헌법불합치 등 용어 언급 빈도

회의의 종류	헌법불합치 언급횟수	위헌 언급횟수	한정위헌 언급횟수
국회 본회의	13	90	1
상임위원회	115	515	10
특별위원회	23	100	4
인사청문회	8	45	3
소위원회	67	424	2
국정감사	39	157	3
국정조사	0	6	0
공청회	8	79	0
청문회	0	5	1
연석회의	1	9	0
합계	274	1,430	24

[표 16-2] 19대(2012 ~ 2016) 의회 헌법불합치 등 용어 언급 빈도

회의의 종류	헌법불합치 언급횟수	위헌 언급횟수	한정위헌 언급횟수
국회 본회의	8	72	7
상임위원회	44	354	6
특별위원회	14	99	7
인사청문회	10	57	0
소위원회	31	362	2
국정감사	12	161	5
국정조사	0	7	0
공청회	2	75	0
청문회	0	5	0
연석회의	0	1	0
합계	121	1,193	27

[표 16-3] 20대(2016 ~ 2019 6. 30.) 의회 헌법불합치 등 용어 언급 빈도

회의의 종류	헌법불합치 언급횟수	위헌 언급횟수	한정위헌 언급횟수
국회 본회의	5	28	1
상임위원회	41	170	5
특별위원회	13	94	6
인사청문회	14	50	9
소위원회	23	250	0
국정감사	8	105	2
국정조사	0	3	0
공청회	0	34	0
청문회	1	4	0
합계	105	738	23

아래에서는 18 ~ 20대 국회 내에서 헌법불합치 결정과 의회의 대응에 관하여 의회 내의 공유된 규범이 확립되어 있는지 의회의 태도와 입장을 파악할 수 있는 발언들 중 대표적인 발언들을 발췌하였다. 18대 의회 내에서 헌법불합치 결정과 관련된 대표적인 발언들을 보면서 그 내용의 의미를 살펴본다.

"○ 신지호 위원 : 헌법불합치 결정이 내려지게 될 경우에는 이번 경우와 마찬가지로 유예기간을 두어서 국회에서 법을 개정하도록 헌재에서 이렇게 주문을 한 겁니다. 따라서 6월 30일까지 이 법 개정을 하는 것은 국회의 아주 기본적인 책무다, 이것을 해도 좋고 안 해도 좋고 하는 게 아니고 하는 게 기본적인 책무다 이런 생각이 들고, 따라서 이것은 오늘 중으로 결론을 내야 된다 이렇게 생각합니다."(2010. 6. 23. 18대 의회 제291회 제1차 행정안전위원회 법안심사소위원회 회의)

18대 의회의 여러 회의석상에서 신지호 의원의 발언과 같이 유사한 발언을 한 의원들이 있으나, 대표적으로 신지호 의원의 발언을 인용하였다. 신지호 의원은 헌법불합치 결정을 심판대상법률을 개정하라는 요청으로 이해하고 있으며, 헌법재판소가 해당 결정에서 제시한 개정 입법 시한(신지호 의원은 '유예기간'이라고 표현)은 국회가 준수하여야 할 기간으로 이해하고 있다. 이러한 발언은 18대 국회 이전에는 볼 수 없는 발언이었다. 이후에 아래 이용섭 의원의 발언을 보면 신지호 의원의 발언와 궤를 같이 하고 있음도 알 수 있다.

"○ 이용섭 위원 : 많은 사람들이 '종합부동산세 자체가 위헌이다.' 이런 이견과 쟁점이 있었습니다. 그렇지만 헌재는 우리의 여건상 지가 안정, 투기 억제, 토지의 효율적인 활용 이런 것을 위해서 종합부동산세 자체는 합헌이다, 다만 일부에 대해서 위헌 또는 헌법불합치 결정을 내렸지 않습니까? 그렇다면 헌법재판소의 뜻에 따라서, 취지에 따라서 종합부동산세가 제 기능을 할 수 있도록 고치는 것이 저는 정부의 자세이고 국회의 자세라고 생각을 합니다."(2009. 9. 25. 18대 의회 제284회 제5차 예산결산특별위원회 회의)

한편, 아래 강승규 의원의 회의석상에서의 발언을 보면, 의회가 개정 입법 시한을 지키지 않은 사실에 대하여 다른 의원들을 비판하며 의원들의 입법에 관한 자세, 태도에 문제가 있다는 점까지 연결지여 분노하는 태도를 보이고 있다.

"○ 강승규 위원 : 지금까지 방송광고제도 개선을 위한 법안 개정 시한이 작년에, 지난해에 헌법불합치 결정으로 시한에 쫓겼으면서도 올

해로 넘기고 올해 상반기 국회에서도 수차례 법안심사를, 간사와 위원들이 모두 다 구성되어 있음에도 불구하고 여야가 이에 대해서 심의를 게을리하거나 협상도 제대로 안 하고 의견도 제대로 듣지 않고 그렇게 해태시켜 놓고 이제 와서 급하기 때문에 이것을 결산 심사에 앞서서 이에 대한 일정을 달라. 그것도 지금 여당 간사를, 법안심사소위원장이라는 사람을 야당이 어떤 이유에서든 거의 식물인간으로 만들어 놓고 이제 와서 야당이 법안심사소위원장이라도 하면서 미디어렙법 개정안에 대한 의사일정을 해야 되겠다. 아무리 야당이고 그렇다 하더라도 이런 모습을, 생떼를 보면서 참으로 우리 국회에 문화가 있는 것인지 질서가 있는 것인지 되묻지 않을 수 없습니다."(2011. 8. 19. 18대 의회 제302회 제1차 문화체육관광방송통신위원회 회의)

다음으로 19대 의회 내에 있었던 대표적인 발언들의 내용을 아래와 같이 살펴본다.

"○ 정진후 위원 : 우리 정개특위가 지금까지의 논의 결과를 가지고 오늘 공직선거법 관련한 일부개정법률안과 정치자금법 그리고 정당법 이것만 지금 상정해서 우리 특위에서 통과시키는 것에 대해서 저는 반대합니다. 왜냐하면 정개특위가 구성된 가장 중요한 이유는 헌법재판소의 헌법불합치 판결 이후 그에 대한 본질적인 문제를 논의하기 위해서 국회 내에 구성된 특별위원회입니다."(2015. 12. 14. 19대 의회 제338회 제4차 정치개혁특별위원회 회의)

정진후 의원의 발언은 헌법불합치 결정을 의회 내 정치자금법 등 심판대상법률의 개정을 위한 특별위원회(정치개혁특별위원회)의 설립

근거로 이해하고 있다. 즉, 헌법불합치 결정이 의회의 입법 동인으로서 역할을 하고 있다는 점을 명확히 하고 있는 발언이다. 이러한 발언은 아래 정치개혁특별위원회의 이병석 위원장의 발언을 통해서 재확인 할 수 있다. 더구나 이병석 위원장은 헌법재판소가 제시한 개정 입법 시한을 '법정시한'이라고 표현하였다. 이를 통해 특별위원회의 위원장이 명문의 근거 규정이 없는 개정 촉구 신호에 법적 효력이 있다고 인식하고 있음을 알아 낼 수 있는 단서이다.

"○ 이병석 위원장 : 헌법재판소가 국회의원지역선거구 구역표에 대하여 헌법불합치 결정을 하면서 2015년 12월 31일을 시한으로 적용된다고 했으므로 12월 31일까지는 국회의원지역선거구 구역표가 개정되어야 합니다. 이러한 사항들을 감안하셔서 공직선거법심사소위와 우리 정개특위에서는 선거구 획정기준을 조속히 마련하여 법정시한 내에 국회의원지역선거구가 확정될 수 있도록 최선을 다해야 할 것으로 생각합니다."(2015. 9. 23. 19대 의회 제337회 제2차 정치개혁특별위원회 회의)

끝으로 20대 국회 내에 있었던 대표적인 발언들의 내용들을 살펴보면서, 현재 국회의 입장을 파악해 본다.

"○ 유재중 위원장 : 헌법재판소는 정당에 대한 재정적 후원을 금지한 정치자금법 조항에 대하여 정당의 정당 활동의 자유와 국민의 정치적 표현의 자유를 침해한다고 판단하여 2017년 6월 30일을 개정 시한으로 헌법불합치 결정을 하였습니다. 따라서 개정 시한인 6월 30일 경과 시에는 국회의원 후원회 제도의 법적 근거가 사라지게 되는

문제가 발생하게 되어서 오늘 시급하게 이 안건을 심사하게 되었음을 알려 드립니다.
○ 노회찬 위원 : 아시다시피 헌법재판소는 2015년 12월 23일 정당후원회를 허용하지 않는 현행 정치자금법 법률 조항에 대해 헌법불합치 결정을 내려 올해 6월 30일까지 새 입법을 마련하도록 하였습니다."(2017. 6. 7. 20대 의회 351회 1차 안전행정위원회 회의)

20대 국회에서 헌법불합치, 개정 시한이라는 단어가 국회 본회의에서 3회, 소관상임위원회에서 8회 등 각종 회의의 주제로 등장하였다.[36] 그중 안전행정위원회의 회의에서 있었던 유재중 위원장과 노회찬 의원의 각 발언을 종합하여 보면, 헌법불합치 결정은 응당 법률 개정의 소요를 발생시키는 원인으로 이해하고 있고, 헌법불합치 결정에 수반된 개정 입법 시한에 대하여 이를 반드시 지켜 법률의 합헌성을 회복시켜야 할 할 시의성 있는 문제로 인식하고 있다.

"○ 박주민 위원 : 그래서 사실은 헌재는 헌법불합치라는 기술적 판결도 가능하지 않습니까? 단순 위헌이 아니라 입법을 촉구하는 그런 판결도 필요하기 때문에 그런 부분에 대한 적극적인 고민이 필요하고요. …(중략… 저는 헌재의 전향적인, 그리고 헌법불합치라는 기술적인 판결도 가능하기 때문에 적극적인 노력이 필요하다고 생각하는데 …(중략)…"(2017. 11. 8. 20대 의회 제354회 제6차 법제사법위원회 회의)

한편 박주민 의원은 헌법재판소 재판관 후보자(유남석 현 헌법재판

36) 국회회의록 검색 시스템(http://likms.assembly.go.kr)에서 2019. 6. 18. 16:02 검색 기준, 검색어 '헌법불합치', '개정 시한'

소장)에 대한 인사청문회에서 개정 입법을 촉구 결정 형태를 할 수 있음을 전제하여, 이러한 결정 형태를 적극적으로 활용할 것을 요청하는 발언도 하였다. 의회 내에서도 법률에 대한 소양이 풍부한 법제사법위원회 소속 의원으로부터 이와 같은 발언이 나왔다는 점에서 헌법불합치에 따른 법률 개정에 대한 의회의 인식 양상을 또 다른 측면에서 이해할 수 있다.

"○ 정세균 국회의장 : 헌법불합치 판정을 받은 …(중략) … 법정시한을 넘긴 공직선거법 개정도 시급합니다. 6월 지방선거를 앞두고 아직 선거구 획정조차 이뤄지지 않았습니다. 예비후보 등록이 한 달 앞으로 다가온 지금 여야 지도부와 관련 위원회가 하루속히 머리를 맞대고 이 문제에 대한 해법을 도출해 주시기 바랍니다."(2018. 1. 30. 20대 의회 제356회 개회식 국회 본회의)

20대 의회에서는 국회의장이 직접 임시회 개회식에서 헌법불합치 결정에 따른 법률이 신속하게 개정되어야 함을 의원들에게 강조하는 발언을 하였다. 16대 의회에서 박관용 국회의장도 위와 비슷한 취지의 발언을 하였으나, 국회의장이 회기 시작을 알리는 개회사에서 화두로 직접 헌법불합치 결정에 따른 법률 개정의 필요성을 피력한 것은 처음이었다. 이러한 발언을 통해 의회가 헌법불합치 결정에 따른 법률 개정이 의회에 중요한 과제이자 반드시 하여야 할 의무로 인식하고 있다는 점에 더 이상의 이론의 여지가 없는 것이라고 추론할 수 있다.

따라서 위의 논의를 정리하여 결론을 내면, 16대 의회에서 태동한 헌법불합치 결정에 따른 합헌적 법률 개정의 필요성에 대한 규범이

시간이 흐름에 따라 의회 내에 공감대가 형성(Shapiro 1994)되어 헌정주의에 관한 긍정적인 담론이 형성되어 가고 있다고 보이며, 18대 의회 이후 불문의 규범으로 정착하여 20대 의회에서도 작동하고 있다고 사료된다.

제 5 절 보완된 헌정주의

5. 1. 개정된 법률에 대한 재심판 현황 개괄

앞서 살펴본 것처럼 헌법불합치 결정으로 의회가 법률 개정에 대한 공유된 규범을 형성, 발전을 유지하였다면, 의회가 이를 바탕으로 개정한 법률은 합헌성이 확보되어 있어야 한다. 의회가 심판대상법률이 가지고 있던 위헌적 요소를 스스로 치유하였다면, 한국의 헌정주의가 보완, 발전하고 있다고 볼 수 있다. 또한 동시에 헌법재판소와 의회 사이에 기능적 권력분립의 원칙이 실현되고 있다고 평가할 수 있다.

한편, 제도적 측면에서 보면, 의회가 헌법불합치 결정에 따라 법률을 개정하였음에도 그 법률의 위헌성이 여전히 남아 있다면, 의회가 형성한 공유된 규범은 불문의 제도로서 제대로 역할을 하고 있다고 받아들이기 어렵다. 아래에서는 이에 관하여 경험적으로 의회가 헌법불합치 결정에 따라 개정한 법률들이 합헌성을 담보하고 있는지 실증적으로 살펴본다.

본 연구를 하면서, 이미 헌법불합치 결정을 받았던 심판대상법률이 의회에서 개정된 후에 다시 헌법재판소의 위헌 심사 대상으로 회부된 사례로 총 23건을 발견할 수 있었다. 연구 시점까지 헌법불합치 결정

이 내려진 횟수는 120건이었고, 따라서 헌법불합치 결정에 따라 개정된 법률 중에 23건(약 20% 비율)이 다시 헌법재판소에서 위헌 여부의 심사를 받게 된 것이다. 구체적인 재심판 현황은 아래 표를 참조하면 알 수 있다. 아래 표에서 재심판 사건의 사건번호가 여러 개인 경우가 있는데, 본 연구에서는 하나의 사건 번호만 대표적으로 언급하였다. 그리고 개정된 법률의 명칭자체가 변경된 경우라도 실질적으로 심판대상법률의 내용이 개정 전, 후 양자 사이에 동일성이 유지되는 경우 본 연구 결과에 포함하였고, 별도로 변경된 법률의 명칭을 기재하지는 아니하였다.

[표 17] 헌법불합치 결정을 받은 심판대상법률의 재심판 사례

순번	심판법률대상	1차 심판시점	재심판 사건
1	국회의원선거법 제33조, 제34조	1989. 9. 8.	2001헌마687
2	지방의회의원선거법 제36조 제1항	1991. 3. 11.	91헌마44
3	토지초과이득세법 제10조 등	1994. 7. 29.	96헌바10
4	구 소득세법 제60조	1995. 11. 30.	98헌바42
5	구 특허법 제186조 제1항 등	1995. 9. 28.	2017헌바258
6	민법 제847조 제1항	1997. 3. 27.	2012헌바357
7	근로기준법 제37조 제2항	1997. 8. 21.	2007헌바36
8	민법 제1026조 제2호	1998. 8. 27.	2002헌가22
9	한국방송공사법 제35조	1999. 5. 27.	2006헌바70
10	형사소송법 제482조 제1항	2000. 7. 20.	2008헌가13

11	국적법 부칙 제7조	2000. 8. 31.	2014헌바211
12	부동산실권리자명의등기에관한법률제10조제1항	2001. 5. 31.	2012헌바263
13	지방세법 제121조 제1항	2003. 9. 25.	2004헌가31
14	학교보건법 제6조 제1항 제2호	2004. 5. 27.	2011헌바8
15	국가를당사자로하는계약에관한법률 제27조 제1항	2005. 6. 30.	2015헌바125
16	부동산실권리자명의등기에관한법률제5조제2항	2006. 5. 25.	2010헌바130
17	공직선거법 제26조 제1항에 의한 별표2	2007. 3. 29.	2010헌바425
18	공무원연금법 제64조 제1항 제1호	2007. 3. 29.	2010헌바354
19	사립학교교직원 연금법 제42조 제1항	2010. 7. 29.	2010헌가89등
20	민법 제818조	2010. 7. 29.	2011헌바275
21	국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제2조	2011. 6. 30.	2012헌바294
22	토양환경보전법제10조의3제3항제3호	2012. 8. 23.	2013헌가19
23	독립유공자예우에 관한 법률 제12조 제2항	2013. 10. 24.	2016헌마319,

※ 순번 8번의 재심판 사건은 민법 부칙 제3항의 위헌 여부를 다투는 사건이었는데, 그 사건의 내용은 실질적으로 민법 제1026조 제2호의 위헌 여부를 다투는 것과 동일하여, 본 연구 결과에 포함함

5. 2. 헌법재판소의 합헌성 확인

재심판 결과를 아래의 표와 같이 정리하였다. [표 18]에서 본 23건의 사례 중에 21건이 재심판 결과, 합헌 취지의 결정이 선고되었고, 2건은 또 다시 헌법불합치 결정을 선고받았다. 23건이 다시 위헌 심사의 도마 위에 올랐으나 헌법재판소가 그중 약 90%에 해당하는 21건에 합헌성을 인정하였다는 것을 통해서, 의회가 헌법재판소의 헌정주의에 따른 판단을 존중하며, 비교적 정확하게 이해하여 법률을 개정하였다고 해석할 수 있다. 즉, 헌법재판소의 판단이 정확히 반영되

어 개정된 법률은 대부분 합헌성이 갖추어졌기 때문에, 위헌성의 문제로부터 비교적 자유로워졌다는 것을 알 수 있다.

사후적인 검증으로서 재심판 선고 현황을 통해 의회가 형성한 합헌적 법률 개정에 대한 공유된 규범이 명문의 헌법재판 제도에 불문의 보완적 제도로서 적절하게 작용하고 있음을 읽어낼 수 있다. 이 논의를 헌정주의의 시각으로 확대하여 보면, 헌법불합치 결정 이후 의회에서의 법률 개정 과정은 실제로 과거보다 더 나은 헌정주의의 실현을 위하여, 합헌적인 법률 개정을 추구, 노력하고 있다고 해석할 수 있다. 합헌 결정을 선고받은 사례들의 결정문의 내용을 살펴보면, 헌법재판소가 합헌 결정 이유에 정면으로 개정된 법률의 위헌성이 치유되었다고 기재하는 경우가 많다. 그러한 사례를 발췌하여 아래에 제시하였다.

물론 개정된 법률이 다시 헌법불합치 결정을 선고받은 사례가 2건이나 있었다는 것은 의회가 헌법불합치 결정에 따라 개정한 모든 법률이 완벽히 100% 합헌성을 확보하지 못 할 수도 있다는 것을 의미하는바, 그 자체로도 중요한 의미를 전달한다.

[표 18] 헌법불합치 결정을 받았던 심판대상법률의 재심판 결과

순번	심판법률대상	재심판 선고 시점	재심판 결과
1	국회의원선거법 제33조, 제34조	2003. 8. 21.	합헌
2	지방의회의원선거법 제36조 제1항	1995. 5. 25.	합헌
3	토지초과이득세법 제10조 등	1994. 4. 29.	합헌
4	구 소득세법 제60조	1999. 6. 24.	합헌
5	구 특허법 제186조 제1항 등	2018. 8. 30.	각하, 합헌
6	민법 제847조 제1항	2015. 3. 26.	합헌

7	근로기준법 제37조 제2항	2008. 11. 27.	합헌
8	민법 제1026조 제2호	2004. 1. 29.	헌법불합치
9	한국방송공사법 제35조	2008. 2. 28.	합헌
10	형사소송법 제482조 제1항	2009. 12. 29.	헌법불합치
11	국적법 부칙 제7조	2015. 11. 26.	합헌
12	부동산실권리자명의등기에관한법률제10조제1항	2013. 2. 28.	합헌
13	지방세법 제121조 제1항	2005. 12. 22.	합헌
14	학교보건법 제6조 제1항 제2호	2013. 6. 27.	합헌
15	국가를당사자로하는계약에관한법률 제27조 제1항	2016. 6. 30.	합헌
16	부동산실권리자명의등기에관한법률제5조제2항	2011. 12. 29.	합헌
17	공직선거법 제26조 제1항에 의한 별표2	2012. 8. 23.	합헌
18	공무원연금법 제64조 제1항 제1호	2013. 8. 29.	합헌
19	사립학교교직원 연금법 제42조 제1항	2013. 9. 26.	합헌
20	민법 제818조	2014. 7. 24.	합헌
21	국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제2조	2014. 7. 24.	합헌
22	토양환경보전법제10조의3제3항제3호	2016. 11. 24.	합헌
23	독립유공자예우에 관한 법률 제12조 제2항	2018. 1. 25.	합헌

○ 국회의원선거법 제33조, 제34조의 개정 후 법률(공직선거및선거부정방비법 제56조 제1항 제2호 등)에 대한 심판 결정 이유

"기탁금조항이 정한 1,500만원이라는 기탁금은 입법자가 기탁금을 통하여 추구하려는 공익목적과 국민의 공무담임권 및 참정권의 보호, 그리고 우리의 선거풍토와 경제적 여건 등을 고려하여 그 입법형성권의 범위와 한계 내에서 설정한 것으로 청구인들의 공무담임권 등 기본권의 본질적 내용을 침해할 정도로 과도한 것이라 할 수 없으므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다."[37)]

○ 근로기준법 제37조 제2항 개정 후 법률에 대한 심판 결정 이유

"이 사건 법률조항은 앞선 헌법재판소 1997. 8. 21. 94헌바19 결정의 취지에 따라 …(중략)… 재산권에 대한 제한을 최소화하였으며, 이러한 제한 이외에 …(중략)… 입법자의 사회정책적 판단영역이라고 할 것이다(헌재 1997. 8. 21. 94헌바19, 판례집 9-2, 243, 263 참조). 따라서 실질적 사용자에 대한 담보물권자를 보호하기 위한 제한을 마련하지 않은 입법이 재산권의 본질적 내용을 침해한다고 단정하기 어렵다."[38]

○ 공무원연금법 제64조 제1항 제1호 개정 후 법률에 대한 심판 결정 이유

"헌법재판소는 2005헌바33 사건에서 구 공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정되기 전의 것) 제64조 제1항 제1호(이하 '구 공무원연금법조항'이라 한다)가 …(중략)… 퇴직공무원들의 기본권을 침해한다는 이유로 …(중략)… 헌법불합치결정을 하였다. 이 사건 법률조항은 그에 따른 개선입법인바, …(중략)… 위 헌법불합치결정의 취지에 반한다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 위 헌법불합치결정의 기속력에 저촉된다고 할 수 없다."[39]

---

37) 헌법재판소 2003. 8. 21. 선고 2001헌마687 결정
38) 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2007헌바36 결정
39) 헌법재판소 2013. 9. 26. 선고 2013헌바170 결정

○ 민법 제847조 제1항 개정 후 법률에 대한 심판 결정 이유

"헌법재판소 1997. 3. 27. 95헌가14 등 결정의 취지에 따라 2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 민법 제847조 제1항은 …(중략)… 입법재량의 한계를 일탈하지 않은 것으로서 헌법에 위반되지 아니한다."[40]

○ 토양환경보전법 제10조의3 개정 후 법률에 대한 심판 결정 이유

"헌법재판소는 2012. 8. 23. 2010헌바167 사건에서 …(중략)… 구법 제10조의3 제3항 제2호가 과잉금지원칙에 반하여 재산권을 침해하며, …(중략)… 평등권을 침해한다고 판시하였다. 위와 같은 헌법재판소의 결정에 따라 2014. 3. 24. 법률 제12522호로 토양환경보전법이 개정되어 정화책임의 면책범위를 확대하고 정화비용을 감면받을 수 있도록 하는 등 정화책임을 완화하는 방향으로 법률을 개선·보완하였다 …….(후략)"[41]

40) 헌법재판소 2015. 3. 26. 선고 2012헌바357 결정
41) 헌법재판소 2016. 11. 25. 선고 2013헌가19 결정

제 6 절 소결론 : 헌법불합치 결정의 정치적 기능

6. 1. 헌정주의에 대한 인식의 강화

헌법재판은 비헌정적인 공권력에 대하여 재판 절차를 통한 제재를 가하는 것이며(정재황 2003), 헌법이 강제력 있는 규범으로 자리 잡는 역할을 한다(김명수 2011). 이러한 점에서 헌법불합치 결정도 법률의 효력을 상실시킴으로써 헌법의 규범력을 높이는 것이라고 할 수 있다. 헌법불합치 결정은 의회에 법률을 개정하여야 한다는 공유된 규범을 지속적으로 불어 넣었으며, 더 나아가 의회가 법률 일반의 제·개정 과정에서 보다 헌정주의적인 인식을 놓치지 않도록 자극하였다. 앞서 본 것과 같이 헌법재판소의 위헌 심판으로 의원들의 의회 내 회의에서 헌법불합치, 위헌과 같은 용어의 사용 빈도가 급격히 늘었으며, 의원들 중에는 아래와 같이 위헌적인 법률을 만들지 않겠다는 취지의 발언을 한 사실도 볼 수 있다.

"○ 홍일표 위원 : 헌법재판소에서도 이런 결정(위헌, 헌법불합치)이 나면, 물론 법률적으로는 의장한테만 보내도 되지만 적어도 법사위원들한테는 그런 것도 알려 주고 이렇게 해서 이런 것이 위헌결정이 났으니까 이런 제정·개정을 좀 관심을 가져라 이렇게 했으면 좋겠고, 우리 내부적으로도 의장이나 법사위원장님께서도 그런 것들에 대해서는 우리 위원들한테 잘 알려 주도록 해서 우리가 위헌법률도 만들지 말아야 되지만 위헌이 선언된 법률을 빨리 시정하는 노력도 해야 되지 않나 그런 생각을 하면서, 최근에 법사위원장님 계속 말씀하시는

것 잘 듣고 있어요? 위헌 법률이 너무 많아서 문제가 크다."(2015. 2. 10. 19대 의회 331회 3차 법제사법위원회 회의)

민주화 이전에 제 역할을 하지 못 했던 헌법재판 제도가 민주화 이후 활성화 되면서 의회에 법률 제·개정 과정 전반에서 헌법과 헌정주의에 관한 인식 수준을 높여주었다. 특히 헌법불합치 결정이 개정 입법 시한과 같은 주문과 함께 의회에 법률 개정에 현실적으로 시간적 압박을 가함으로써 합헌적 법률 개정의 긴장감도 형성하였다. 이와 같은 인식의 제고는 결국 헌법의 규범력 확보로 이어지게 되고, 헌정주의의 기여, 달성이라는 헌법제판 제도의 궁극적인 목적 실현에 한 발 더 다가가게 된다(김선택 2005).

6. 2. 정치적 갈등 소지의 제거

정치적 주체들이 스스로 정치적 이견을 좁히지 못하여 결국 헌법재판을 통해 그 정치적 갈등 제거하는 과정도 헌법재판의 성격 중 하나라고 이해할 수 있다(남복현 2001). 물론 이론적 배경에서 검토한 것과 같이 이러한 현상을 정치의 사법화 현상으로 이해하면서 부정적으로 받아들일 수 있기도 있다. 그러나 헌법불합치 결정의 형식은 의회에 일정한 입법형성권의 한계를 지적해줌으로써 의회 내 법률의 제·개정 범위 내에서 법률을 제정하도록 하는 역할을 한다고 볼 것이다. 실제로 의회가 제정 또는 개정한 후에 커다란 정치적 갈등이 발생하였던 법률 중에 헌법불합치 결정이 선고된 경우, 의회는 격렬한 대립 없이 헌법불합치 결정의 취지에 따라 법률을 개정함으로써 합헌성을 회복한 사례도 찾아볼 수 있었다. 즉, 헌법재판을 통해 헌정주의를 근

거로 입법형성권의 범위에 관하여 의견 대립의 소지를 제한함으로써 궁극적으로 정책 형성 과정에서 정쟁으로 소모되는 시간, 비용을 줄이는 순기능적인 효과도 있다.

대표적인 사례로 강력한 여론 대립이 있었던 ① 호주제 폐지 여부, ② 종합부동산세 과세방식에 관한 헌법재판소의 헌법불합치 결정 이후 아래와 같이 제안 이유를 설명하며, 법률을 개정하는 의안 원문(각 위원장 발의)을 들 수 있다. 정치적으로 대립되었던 이슈에 '헌법불합치 결정의 취지에 따라 또는 헌법재판소의 위헌 결정에 따라'라는 문구로서 더 이상의 정치적 갈등의 소지를 잠재우고, 의사의 합치를 도모하고 있다.[42)]

○ 호주제에 관한 헌법불합치 결정 이후 의안 원문

"현행 민법의 …(중략)… 호주를 중심으로 가(家)를 구성하는 호주제도 및 자녀의 성(姓)과 본(本)에 관한 규정은 양성평등이라는 헌법이념과 시대변화에 부합하지 아니하므로 이를 전면폐지 또는 개선하고, 동성동본금혼제도와 친생부인의 소의 제척기간을 헌법불합치 결정의 취지에 따라 합리적으로 조정하며……(후략)"

---

42) A의원 역시 인터뷰에서 의회 내에서 대부분의 헌법불합치 결정의 취지에 이론을 제기하지 아니하고 공감대를 형성되고 있음을 진술하기도 하였다.
"○ 문 : 헌법불합치 결정에 의하여 개정된 법률에 심의 과정을 보면 여야 의원 간 갈등이 거의 없는 것으로 보인다. 그 이유가 무엇인가
○ 답 : 갈등이 있을 수 없다. 최상위의 헌법 기관이 그렇게 이야기를 한 것이니까 존중해서 입법을 해야 한다는 공감대가 있다.

○ 종합부동산세 과세방식에 관한 헌법불합치 결정 이후 의안 원문

"헌법재판소의 위헌 결정에 따라 …(중략)… 종합부동산세 과세방식을 세대별 합산 방식에서 인별 합산방식으로 변경하고……(후략)"

6. 3. 의회에 대한 기능적 권력분립 실현

기능적 권력분립의 원칙은 권력을 행사하는 행위자들에 그 권력의 행사 방향과 기능이 헌정주의에 부합하게 될 것을 요구한다. 단순히 국가기관 간의 견제와 균형을 넘어서 한 국가기관이 권력 행사를 통해 다른 국가기관의 권력 행사에서도 헌정국가가 추구하는 기본적인 헌법상 가치를 구현하도록 상보적인 역할을 하는데 초점을 두고 있는 것이다. 이러한 관점에서 헌법재판소의 30여 년간의 지속적인 헌법불합치 결정은 의회에 법률을 의회에 대한 권력 통제 신호로 작용하였고, 이에 의회는 헌법재판소의 결정 취지를 비교적 원만하게 존중함으로써 헌법재판소와 의회 사이에 상보적으로 권력 작용이 이루어졌다. 19대 법제사법위원장이었던 이상민 의원의 아래와 같은 발언을 통해서 위 관점에 공감하고 있음을 파악할 수 있다. 즉, 의회는 헌법재판소가 위헌, 헌법불합치 결정을 하고 있는 것에 대하여 신경을 쓰고 있으며, 그 결정에 대한 불만을 헌법재판소로 돌리지 않고 의회에 책임이 있음을 인지하고 있음을 읽어 낼 수 있었다.[43]

---

43) A, B의원들의 인터뷰 내용을 보면 더욱 이와 같은 관점에 확신을 준다. A, B의원의 헌법불합치 결정에 수반된 개정 촉구 의견 대한 입장에 관한 인터뷰 내용은 아래와 같다.
"○ A의원 : 헌재에서 헌법불합치 결정이 나면 법률을 개정하는 게 맞다. …(중략)… 헌재에서 위헌이라고 판단했고 입법의 방향까지도 가이드 해준 것으로 봐야 한다. 당연히 맞춰서 자연스럽게 바꿔가야 하는 절차다."
"○ B의원 : 특별하게 이견 있으면 모르겠지만, 헌재가 헌법불합치 결정을 내렸다는 건 여러

의회는 헌법불합치 결정이 의회에 대한 권력 통제 행위임을 인식하고 있으면서도, 의회가 이를 부정적으로 인식하고 있는 것이 아니라 건설적, 긍정적으로 수용하고 있다는 것이다. 의회가 헌법불합치 결정에 권력분립의 원칙에 입각한 가치를 부여하며 헌법재판소와 원만한 상호 관계를 도모하는 것은 정치적인 관점에서 헌법불합치 결정은 긍정적이었다고 평가할 수 있다.

"○ 이상민 위원장 : 왜냐하면 지금 법제처에서도 한국법제연구원에 용역을 맡겨서 했는데 2012년부터 2014년까지 800개 통과된 법률 중에 한 200개 정도가 위헌성이 있다라고 하는 거예요. 그러니까 사실 그렇다면 상당히 심각한 겁니다. 국회에서 법을 만들어서 지금 법사위까지 해 가지고 이렇게 다듬어서 나갔는데 위헌결정 받고 또 위헌 여지가 있고, 그런데 국민의 기본권 개인 권익이 침해되면 복구가 쉽지 않잖아요. 특히 재산적 같은 경우도 지난번 특별법을 만들어서 어쩌구 저쩌구 해서 했던 학교용지부담금 환급법이 위헌 결정을 받았음에도 불구하고 …(중략)… 이렇게 위헌결정을 받은 법률, 엄청난 하자가 있는 법률에 국민의 피해가 발생하고 있거든요. 여기에 문제의식을 같이 해야 된다고 생각합니다."(2015. 2. 10. 19대 의회 제331회 제3차 법제사법위원회 회의)

사정을 고려해서 헌법에 합치하지 않는다는 판단을 내린 것이다. 헌법적으로 볼 때 다수 의견이 불합치라고 할 땐 위헌 가능성이 있다는 의미이기 때문에 의회가 개정을 해준다.“

제 6 장 결 론

본 연구 과정을 통해서 헌법재판에 관하여 정치의 사법화, 사법적 극주의, 권력분립의 원칙 등 다양한 담론과 현재 한국의 헌법재판 제도 중 독특한 운영 형태인 헌법불합치 결정에 관련된 경험적인 사례들을 동시에 살펴보았다. 헌법불합치 결정에 대하여 의회가 어떻게 반응하였고, 그 반응의 과정에서 의회 내에 공유된 규범이 어떻게 형성 · 진화하였는지, 그리고 공유된 규범의 기능을 통해 현재 한국의 헌정질서가 어떻게 더 성숙하였는지 살펴보는 것으로서 본 연구의 일차적인 함의를 제시할 수 있다.

헌법불합치 결정은 의회에 대한 헌법재판소의 의사를 절묘하게 드러내는 방식이다. 그러나 한국의 헌법재판 제도에서 헌법불합치 결정은 명문의 규범상 근거 없이 행해져 왔고, 앞으로도 위 제도를 법률에 명시적으로 편입시킬 것처럼 보이지 않는다. 그럼에도 헌법불합치 결정을 통해 위헌성이 내포된 수많은 법률들이 의회의 자발적인 의사에 의하여 합헌적으로 개정되고 있는 것은 고무적이다. 즉, 헌법재판 제도가 시작된 때로부터 30여 년이 흐른 동안 형성된 공유된 규범은 헌법재판 제도의 빈틈을 메워주는 요인이라고 평가할 수 있다.

최초의 헌법불합치 결정이 있었을 당시, 비록 의회 내에 헌법불합치 결정 방식을 인정할지, 그 효력은 어떻게 되는지에 관하여 갈등이 있었던 것은 앞서 살펴보았다. 그러나 의회가 헌법재판소의 결정을 존중하고 그 효력을 인정한다는 점에서 공유된 규범이 비교적 순조롭게 태동하였으며, 해가 거듭할수록 그 규범성은 더욱 단단해졌다고 할 수 있다. 결론적으로 제도의 빈틈을 메운 공유된 규범이 한국의 헌정주의 발전에 기여한 중요한 역할을 하였다고 평가할 수 있다.

본 연구는 헌법재판과 헌정주의에 관하여 집합적이 자료를 바탕으로 경험적으로 접근한 노력의 일환이었다. 앞으로 본 연구 이외에도 헌법재판의 양상을 이러한 관점에서 보다 풍성하고 깊이 있는 연구가 지속될 것을 기대한다.

참 고 문 헌

1. 국내 문헌

강정인. 2008. "민주화 이후 한국 정치에서 자유민주주의와 법치주의의 충돌." 『서울대학교법학』 49(3). 40-75.

계희열. 2002. "헌법원리로서의 권력분립의 원리." 『고려법학』 38호, 1-33.

권영성. 2005. 『헌법학원론』. 법문사.

김명수. 2011. "헌법재판의 기능과 권력분립." 『공공사회연구』 1(1). 1-45.

김선택. 2005. "국가기능체계에 있어서 헌법재판소의 역할과 한계 - 국가조직관련 헌법재판소판례의 분석과 평가-." 『공법연구』 33(4). 179-209.

김장수. 2006. "의원발의의 미시적 동인 분석 : 심층 인터뷰를 중심으로." 『한국국제정치논총』 46(4). 203-221.

김종철. 2005. "'정치의 사법화'의 의의와 한계 -노무현정부 전반기의 상황을 중심으로-." 『공법연구』 22(3). 229-251.

김하열. 2012. "헌법불합치 결정의 사유와 효력." 『저스티스』 128. 154-180.

김현진. 2018. "대의정치와 헌법재판 - 헌법소송의 정치적 동기 유형화." 서울대학교 박사학위논문.

남복현. 2001. "법률의 입법과정 실제와 헌법재판소에 의한 위헌여부 결정 실제의 상관관계." 『법과 사회』 24. 213-253.

-----. 2010. "헌법불합치결정에서 제시된 입법시한의 도과와 그에 따른 불합치법률의 효력상실." 『한국비교공법학회』 11(3).

31-61.
-----. 2012. "헌법재판소의 법류에 대한 위헌여부 결정과 국회의 입법과의 관계." 『헌법학연구』 18(3). 149-204.
박경미. 2008. "국회 입법기능 제고의 제도적 방안 의원의 법안발의를 중심으로." 『전남대학교 세계한상문화연구단 국내학술회의』. 2113-2129.
박경철. 2014. "형벌조항에 대한 헌법불합치결정에 관한 헌법적 검토." 『헌법학연구』 20(2). 277-316.
박기묵. 2010. "우리나라 국회 상임위원회의 법률안 처리속도 분석." 『한국행정논집』 22(3). 651-670.
박명림. 2005. "헌법, 헌법주의, 그리고 한국 민주주의 : 2004년 노무현 대통령 탄핵사태를 중심으로." 『한국정치학회보』 39(1). 253-400.
박성우. 2006. "민주주의와 헌정주의의 갈등과 조화 미국헌법해석에 있어서 원본주의 논쟁의 의미와 역할." 『한국정치학회보』 30(3). 55-77.
박찬욱. 1992. "한국 의회내 정당간 갈등과 교착상태." 『한국의 정치갈등－그 유형과 해소방식』. 서울: 법문사, 79-104.
방승주. 2007. "헌법불합치결정의 문제점과 그 개선방안." 『헌법학연구』 13(3). 49-106.
오승용. 2010. "한국 민주주의의 위기와 법의지배 정치의 사법화를 중심으로." 『민주주의와 인권』 10(3). 163-196.
유남석. 2001. "오스트리아의 헌법재판제도 -위헌법률심판을 중심으로-." 『재판자료』 92. 151-188.
윤정인, 김선택. 2015. "헌법재판소는 민주주의의 수호자인가." 『공법학연구』 16(1). 135-162.
이동훈. 2016. "헌법재판에서 변형결정의 기속력." 『공법학연구』 17(2). 109-135.
이인호, 오수정. 2010. '헌법불합치결정에 따른 입법개선의무의 이행

현황 분석과 비판." 『중앙법학』 12(1). 45-84.
이한수. 2016. "의원들의 법안 발의 행태 분석: 유권자 요인이 법안 발의에 영향을 미치는가." 『분쟁해결연구』 14(1). 161-188.
임지봉. 2008. "민주주의와 헌법재판소의 사법적극주의." 『공법연구』 37(2). 83-112.
장영철. 2010. "오스트리아 법령심사제도." 『서강법학』 12(1). 75-96.
조진만. 2005. "정치체계의 특성과 의원의 법안 발의 : 31개 민주국가 의회에 대한 교차분석." 『21세기정치학회보』 16(3). 221-246.
전상현. 2014. "헌법불합치결정의 의미와 근거 및 주문합의방식에 대한 재검토." 『헌법학연구』 20(1). 435-463.
전종익, 2000. "헌법재판소 결정의 정당성에 대한 분석-국회의원들의 인식을 중심으로." 『법과사회』. 197-216.
-----. 2015. "정치과정과 헌법재판." 『저스티스』 151. 7-28
진정현. 2011. "헌법재판소에 의한 사법적 정책결정의 배경과 한계 -정당성과 능력문제를 중심으로-." 『공법학연구』 12(1). 287-315.
정재황. 2003. 『헌법재판개론』. 박영사
정종섭. 2010. 『헌법소송법』. 박영사.
-----. 2014. 『헌법학원론』. 박영사.
차동욱. 2006. "위헌법률심사제도의 민주적 정당성에 관한 고찰: 대의제 민주주의 하에서의 헌법재판제도의 정당성." 『정부학연구』 12(2). 161-195.
-----. 2016. "정치의 사법화에 대한 헌법재판소의 책임: 국회의원과 국회의장 간 권한쟁의 사건을 중심으로." 『한국정당학회보』 15(2). 69-103.
채진원. 2011. "정치의 사법화 현상의 이론적 쟁점 민주주의의 비관론과 낙관론 및 정당기능의 정상화 방향." 『평화연구』 19(2).

257-295.

최정원. 2001. "국회 입법과정의 변화와 특징 : 입법환경과 입법행위자를중심으로." 『한국정치학회보』 35(3). 129-151.

최준영. 2006. "의원발의의 동인에 대한 경험적 분석: 사건계수 분석기법 (Event Count Analysis)을 중심으로." 『21세기정치학회보』 16(2). 307-326.

최 환. 2012. "헌법불합치결정의 법적 성격과 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 독자적 허용성 및 효력." 『판례연구』 23. 555-622.

표시열. 2005. "행정부의 정책결정 주도에 따른 사법부의 역할 변화와 그 한계: 헌법 재판소의 위헌심판을 중심으로". 『헌법학연구』 11(3). 571-612.

한수웅. 2015. "헌법재판의 한계." 『중앙법학』 17(3). 7-51.

함재학. 2011. "정치의 사법화와 헌법재판의 정치화." 『헌법학연구』 17(3). 289-329.

허완중. 2016. 『오스트리아 헌법재판제도에 관한 연구』. 헌법재판소 헌법재판연구원.

헌법재판소. 2018. 『헌법재판소 30년사』. 헌법재판소.

----------. 2015. 『헌법재판실무제요』 제2개정판. 헌법재판소.

2. 외국 문헌

Alexander, Hamilton. James, Madison. John, Jay 저· 김동영 역. 1995. 『페더랄리스트 페이퍼』. 한울.

Binder, Sarah A. 1999. “The Dynamics of Legislative Gridlock, 1946~96.” American Political Science Review. 93-3.

Dahl, Robert. 1957. “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-Maker.” Journal of Public Law 6. 279-295.

David, Mayhew. 1991. "Divided we govern."New Haven: Yale University Press.

Edwards, G. C., Barret, A., & Peake, J. 1997. The Legislative Impact of Divided Government. American Journal of Political Science, 41(2): 545-563.

E.E.Schattschneider. 2007. "Party Government: American Government in Action." New York: Transaction Pub.

E. Ostrom. 2010. 저・윤홍근, 안도경 역. 2010. 『공유의 비극을 넘어: 공유자원 관리를 위한 제도의 진화』. 서울: 알에이치코리아.

Elster, Jon & Rune Slagstad eds. 1988. "Constitutionalism and Democracy." Cambridge: New York: Cambridge University Press.

Fiorina, Morris. 1981. "Some problems in studying the effes of resource allocation in congressional elections." American Journal of Political Science 25(3). 543-567.

------. 1992. "An Era of Divided Government." Political Science Quarterly 107(3). 387-410.

Ginsburg, Tom. 2003. "Rule by Law or Rule of Law? The Constitutional Court of Korea." in Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases. Cambridge University Press.

Goodwin, G. Jr. 1970. The Little Legislative Process in Congress. New York: Thomas Crawell co.

Hirschl, Ran. 2006. "The New Constitutionalism and the Judicialization of

Pure Politics Worldwide." Fordham Law Review 75(2). 721-754.

Jan-Erik Lane, 1996, "Constitutions and Political Theory." New York: Mancherster: Manchester University Press.

Karl, Loewenstein. 1938. "The Balance between Legislative and Executive Power: A Study in Comparative Constitutional Law". University of Chicago Law Review 5. 566-608.

Kessler & Krehbiel. 1996. "Dynamics of Cosponsorship."American Political Science Review. 90(3). 555-566.

Key, V. O. Jr. 1949. “Southern Politics in State and Nation.” New York : Vintage Books.

Konrad, Hesse. 1993. "Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD." Heidelberg: Müller Verlag.

Neier, Aryeh. 1985. "Only Judgment: The Limits of Litigation in Social Change." Middletown, CT: Wesleyan University Press.

Richard, A. Posner. 2005. "The Supreme Court, "2004 Term Foreword: A Political Court, Harvard Law Review 119(1).

Riker, William. 1986. The Art of Political Manipulation. New Haven: Yale University Press.

Shaprio, Martin. 1994. The new constitutional politics of Europe. Comparative political studies 26(4). 397-420.

Shepsle, Kenneth A., and Barry R. Weingast. 1981. "Structure-Induced Equilibrium and Legislative Choice." Public Choice 37(3): 503-519.

Tate, Neal C. 1995. "Why the Expansion of Judicial Power." in Tate, C. Neal & Torbjorn Vallinder. eds. The Global Expansion of Judicial Power. New York: New York

University Press.

Waldron, Jeremy. 1999. "Law and Disagreement" Oxford: Clarendon Press.

3. 국내외 참조 판결(헌법재판소 결정 제외)

대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결

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

Colgegrove v. Green 328. U.S 549, 556 (1946)

4. 기타자료

이코노믹리뷰 KTMM 여론조사 결과(2017. 3. 15. ~ 2017. 3. 16.)

헌법재판소 홈페이지 (www.ccourt.go.kr)

국회 의안정보시스템 홈페이지 (http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do)

Abstract

The nonconformity decision to the constitution and the evolution of shared norm in the assembly

Hong, Soonkun
Department of Political Science
and International Relations
The Graduate School
Seoul National University

This research tries to analyze the reaction of the korean assembly to the nonconformity decision of the constitutional court of Korea. The constitutional trial not only plays a important role of protection human rights, but also guarantees the constitutionalism in the respect of exercise of public power. The constitutional trial, which was reintroduced after democratization of Korea, judges the law from the constitutional perspective. In particular, the constitutional court applied modified forms of decisions such as the nonconformity decision or conditionally unconstitutional decision that are not presented in the constitutional court act. It could accelerate the assembly to

make a law more constitutionally. As a result, it contributed the development of constitutionalism of Korea.

Focusing on the special modified form of decision, that is the nonconformity decision, This research begins with a question of how the adoption of the nonconformity decision could contribute to the development of constitutionalism of Korea. More specifically, how does the assembly deals with the law that is judged unconformable to the constitution by the court? Interestingly, It was found that almost the laws judged unconformable to the constitution were amended in accord with the view of the court. The implication that can be drawn from these phenomenons, is that an implicit rule which is not stipulated by the constitution and laws is in operation between constitutional institutions. According to E. Ostrom, it can be translated that an internalized norm is evolved between the court and the assembly in order to operate the system more adequately. In this research, the concept of internalized norm is also defined as shared norm. That's because the norm is formed and evolved in the collective aspect of the Assembly. That is, concerning the nonconformable law, if the assembly implicitly agrees with the idea that it must revise that law in accordance with the guideline of the constitutional court, it could be concluded that the shared norm became established in the assembly.

According to E. Ostrom, when a system was born, the shared norm can fill a unexpected gap that the creators of system did not consider. And so, the system could be improved more successfully. Concentrating on that point, this research analyzes the contents in the cases of

nonconformity decision and the minutes of the assembly regarding with these cases in the diachronic respect to look into how the shared norm was formed in the assembly. And then it estimates whether the constitutionalism in Korea was progressed with the shared norm. Finally it explains the political functions and meanings of the nonconformity decision and shared norm.

Keyword : Nonconformity decision to the constitution, Order of the legislature amends, Constitutionalism, Check and Balance, Judicial Activism, Shared norm

Student I.D. Number : 2012 - 22990