

〈서 평〉

芦部 信喜 編, 講座 憲法訴訟 全 3 권*

金 哲 洙**

이 憲法訴訟講座는 日本의 代表的 憲法學者인 芦部信喜교수가 組織한 憲法訴訟研究會가 企劃한 「憲法訴訟의 綜合的 研究」 결과를 모은 것이다. 이 講座는 日本憲法學研究에 있어 重點테에마인 憲法訴訟論을 體系的으로 整理한 점에서 그 동안 日本憲法學界의 成果를 決算한 책이라고 하겠다.

이 講座는 序論으로 憲法訴訟의 課題를 다루고 本論은 I 憲法訴訟의 類型, II 司法判斷 適合性, III 憲法判斷의 法理, IV 合憲性判斷의 基準, V 判決의 方式과 效力, VI 憲法訴訟 과 司法의 있어야 할 方向의 6部로 구성되어 있다.

憲法訴訟論의 課題는 東京大學名譽教授이며 日本公法學會理事長인 芦部信喜교수(現 學習 院大學教授)가 집필하고 있다. 第1節에서는 問題狀況을 다루고 있는데 憲法訴訟論이 盛行 하고 있는 日本의 現實을 진단하고 이에 대한 小林直樹教授와 奧平康弘교수의 批判을 紹介 하면서 그럼에도 불구하고 憲法訴訟의 節次論, 技術論의 필요성을 강조하면서 體系的인 憲 法訴訟論의 必要性을 주장하고 있다.

第2節에서는 憲法訴訟論의 內容을 다루고 있는데 그는 憲法訴訟論이란 狹義에 있어서는 다섯개의 節次的 事項 즉 ① 누가 司法審査를 請求할 資格이 있는가, ② 爭訟中의 어떠한 時點에서 法官은 司法審査를 行使할 수 있는가, ③ 누구의 行爲가 司法審査의 對象이 되는 가, ④ 어떠한 類型의 行爲가 司法審査의 對象이 되는가, ⑤ 어떠한 法院에 있어서 司法審 査를 請求할 수 있는가를 中心테에마로 하는 것이라고 하고 있다.

나아가 節次論과 實體論의 關係에 대하여 言及하면서 節次論과 實體論이 一體를 이루는 경우가 많음을 설파하고 있다. 그리하여 芦部교수가 權力分立의 原則과 그 實像 및 司法이 있어야 할 모습을 머리에 두면서 合憲性推定原則이나 立法事實論을 관련지우면서 違憲審査 基準의 確立에 重點을 둔 것과 이 講座의 骨造도 같은 問題意識下에서 구성되어 있음을 밝 히고 있다.

第3節에서는 今後의 課題를 點描하고 있다. 그는 憲法訴訟論의 α 인 동시에 Ω 로서 訴訟 要件을 들고 있다. 또 司法權의 概念을 「法の 解釋・適用」作用으로만 보지 말고 「法創造의 機能・政策形成機能」으로까지 넓게 파악할 것을 주장하면서 立法事實論과 違憲審査基準을

* 有斐閣, 1987, 4~6, pp.1150, ¥9,000

** 서울大學校 法科大學 教授

論及하고 있다.

第4節에서는 結論으로서 技術的·節次的 問題에서 시작하여 司法審査와 民主制의 關係라든가 司法의 積極性과 消極性이라든가 憲法解釋의 있어야 할 方向, 憲法學이나 統治機構의 基本에 관한 문제에까지 憲法訴訟論의 課題는 지극히 많음을 言及하고 있다.

1部 憲法訴訟의 類型에서는 1. 美國의 司法審査, 2. 西獨의 憲法裁判, 3. 프랑스의 憲法裁判, 4. 日本의 司法審査가 다루어지고 있다.

1. 美國의 司法審査는 木下毅 立教大學教授가 執筆하고 있다. 第1節에서는 代表民主制와 司法審査, 第2節에서는 美國憲法理論의 史的背景, 第3節에서는 單線型民主制와 復線型民主制, 第4節에서는 法政策機關과 法原理機關을 다루고 있다. 日本의 司法審査制가 美國의 判例法의 영향아래 發展되어 왔음을 說明하고 美國憲法理論의 史的背景에 관해서 說明하고 있다. 나아가 多數決主義乃至는 多數者支配主義와 權力分立 내지 抑制·均衡과의 關係를 「單線型民主制」와 「復線型民主制」로 구별하여 論하고 있으며 끝으로 法準則 法原理 및 法政策과의 關係를 明白히 하고 法政策機關으로서의 政治部門과 法原理機關으로서의 司法部門을 峻別하는 것에 의하여 司法審査權의 射程範圍를 구획하려는 最近의 動向을 고찰하고 있다.

이 論文은 美國의 司法審査制의 發展過程을 간단히 說明하고 있는데 最近에 나온 文獻들이 잘 參照되어 있지 않는 것 같다. 예를 들어 Wolfe의 *The Rise of Modern Judicial Review*⁽¹⁾, Agresto의 *The Supreme Court and Constitutional Democracy*⁽²⁾, Choper의 *Judicial Review in the National Process*⁽³⁾ 등이 反映되지 않은 흠이 있다. 물론 美國에서 나오는 수많은 著書들을 전부 소개할 수는 없는 일이지만 어쨌든 종래와는 다른 視角에서 美國의 司法審査制를 評價한 長點은 있다고 하겠다.

2. 西獨의 憲法裁判에 관해서는 九州大學의 高見勝利교수가 집필하고 있다. 이 論文은 西獨의 憲法裁判制度의 紹介보다는 西獨의 憲法訴訟을 節次的 側面에서 다루고 있는 것이 특색이다. 第1節은 憲法訴訟法의 意義와 特質을 다루고 있고 第2節에서는 權限法으로서의 憲法訴訟法을 第3節에서는 節次法으로서의 憲法訴訟法, 第4節에서는 作用保障法으로서의 憲法訴訟法을 다루고 있다.

이 論文은 西獨에서도 最近에야 論議되기 시작한 憲法訴訟法에 관하여 잘 紹介하고 있다. Häberle의 문제제기에서 비롯하여 贊反兩論을 소개하고 상세히 검토하고 있는 점에서 好感이 간다. 筆者는 주로 Chr. Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht*, 2. Aufl, (1972)와 K. Sch-

(1) Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review, From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Basic Books, Inc. Publishers, New York, 1986.

(2) John Agresto, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Cornell University Press, Ithaca, 1984.

(3) Jesse Choper, *Judicial Review in the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of Supreme Court*, Chicago University Press, Chicago, 1980.

laich, *Das Bundesverfassungsgericht—Stellung, Verfahren, Entscheidungen—*(1985)⁽⁴⁾을 주로 參照했다고 한다. 이 Schlaich의 책은 우리 大學院에서도 教材로 사용하였는 바 今年에 나온 M. Wolf의 *Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige*⁽⁵⁾도 參照했으면 한다. 筆者도 양해를 구했지만 이 論文에서는 原理的·歷史的·動態的 研究가 不足한 것이 사실이다. 이에 관해서는 Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Politischer Prozeß*, 1968, Stern, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, 1980 등을 참조하는 것이 좋을 것이다.

3. 프랑스의 憲法裁判에 관해서는 香川大學의 矢口俊昭助教授가 執筆하고 있다. 프랑스의 憲法評議會를 憲法院으로 번역하고 抽象的 司法審査機關으로 보는데서 出發하고 있다. 第1節에서는 憲法院의 構成, 權限 및 節次를 第2節에서는 憲法院의 創說과 그 展開, 第3節에서는 憲法裁判을 둘러싼 問題들을 다루고 있다. 이 論文은 주로 L. Favoreu et L. Philip, *Le conseil constitutionnel, Que sais-je?* 1980, F. Luchaire, *Le conseil constitutionnel, Economica* 1980에 입각하여 쓰여진 것이다.

이 論文은 判決의 統計的 分析까지 하여 憲法院이 人權保障機關化하고 있는 것을 說明하고 있는 것은 興味롭다. 이 論文에서 引用되지 않은 최근의 著書로는 J. Rivero, *Le Conseil constitutionnel et les libertés* (2^e ed.), *Annuaire International de Justice Constitutionnelle I*, 1985⁽⁶⁾, *Droit constitutionnel et droits de l'homme*⁽⁷⁾ 등이 있다.

4. 日本의 司法審査는 成城大學의 戶松秀典教授가 집필하고 있다. 第1節은 司法審査制의 成立, 第2節은 司法審査制의 展開, 第3節 司法審査制의 課題로 되어 있다. 이 論文은 日本에 있어서의 司法審査制의 成立을 出發點으로 하고 그 展開過程을 더듬으면서 이 制度가 어떤 特徵을 가지고 日本의 統治構造中에서 어떠한 役割을 하고 있으며 어떠한 課題를 가지고 있는가를 全體的으로 파악하고 있는데 長點이 있다.

日本의 司法審査制는 學界에서 많은 批判을 받고 있다. 戶松教授는 司法審査의 課題로서 司法審査制의 改善方向을 논의하고 있다. 그는 司法消極主義를 克服하고, 審査權의 範圍를 擴大하고 司法的 救濟의 길을 넓혀야 한다고 주장하고 있다. 이는 타당한 論議이다.

II部에서는 司法判斷適合性を 다루고 있다. 1. 事件性, 2. 憲法上的 爭點을 提起할 適格

(4) Klans Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, C.H. Beck, 1985.

(5) Manfred Wolf, *Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige*, 6. Aufl, 1987, C.H. Beck München.

(6) Groupement d'Etude et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle I*, 1985, Economica, 1987, Paris.

(7) Association française des constitutionnalistes, *Droit constitutionnel et droits de l'homme* (Rapports français au II^e congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel), Economica, Paris, 1987.

3. 訴의 利益과 무우트니스의 法理, 4. 政治問題의 法理, 5. 立法의 不作爲의 違憲確認이 그 內容이다.

1. 事件性은 河野敬辯護士가 말하고 있다. 第1節에서는 附隨的 違憲審査制의 定着과 事件性, 第2節에서는 事件性과 法律上의 爭訟, 第3節에서는 司法權의 限界論과 「事件性」, 第4節에서는 憲法秩序의 保障과 「事件性」을 다루고 있다. 이는 附隨的 司法審査制와 事件性은 不可分離의 關係에 있으며 事件性의 要件 때문에 具體的 規範統制 밖에 못하고 있다. 그러나 日本憲法은 美國憲法과 다르기 때문에 과연 事件性이 요구되는가가 문제된다. 筆者는 日本最高裁判所의 判例를 통하여 事件性이 司法審査의 範圍를 制限하고 있음을 잘 說明하고 있다. 日本最高裁判所는 ① 當事者間의 具體的인 權利義務 내지 法律關係의 存否에 관한 紛爭일 것, ② 法律의 適用에 의하여 終局的으로 解決할 수 있는 것의 二要件이 있어야 法律的 爭訟으로 인정하고 있다. 法律的 爭訟이 아닌 것은 司法權의 範圍에 속하지 않는다. 그런데 筆者는 司法審査權의 機能이 傳統的인 私權保障型에서 憲法保障型으로 性格을 변천하고 있기 때문에 法律上의 爭訟의 概念을 새로히 규정해야 한다고 主張하고 있다.

2. 憲法上의 爭點을 提起할 適格에 대해서는 時國康夫 千葉地法院長이 집필하고 있다. 第1節에서는 序論, 第2節에서는 可分·不可分, 第3節에서는 第三者의 憲法上의 權利의 採用, 第4節에서는 判決의 結論에 影響이 없는 點에 대한 違憲의 主張, 第5節 結論으로 구성되어 있다. 筆者는 日本의 判例를 잘 整理하여 憲法判斷回避의 方法의 하나로서 說明하고 있다.

3. 訴의 利益과 무우트니스의 法理에 관해서는 野坂泰司 立教大助教授가 집필하고 있다. 第1節에서는 序論, 第2節에서는 訴의 利益, 第3節에서는 무우트니스의 法理, 第4節에서는 結論을 다루고 있다. 여기서는 美國의 判例와 日本의 判例를 구체적으로 比較說明하고 있다.

4. 政治問題의 法理는 小林節 慶應大學助教授가 집필하고 있다. 第1節 問題의 所在, 第2節 比較法的 考察과 그 限界의 確認, 第3節 「政治」概念의 問題性, 第4節 「權力分立」과 政治問題, 第5節 司法의 「內在的 制約」과 「自制」, 第6節 根據의 再檢討, 第7節 今後의 展望으로 이루어지고 있다. 여기서는 統治行爲肯定論과 否定論을 說明하고 比較法的 考察을 하고 있다. 프랑스의 統治行爲論과 美國의 政治問題의 法理를 검토한 뒤 日本의 理論을 잘 검토하고 있다. 舊來의 典型的인 統治行爲肯定說을 否定하면서 統治行爲의 限定化를 기하여야 한다고 結論한 것은 妥當하다고 하겠다.

5. 立法의 不作爲의 違憲確認은 筑波大學의 戶波江二助教授가 집필하고 있다. 第1節 序論, 第2節 立法의 不作爲의 實體法上의 問題, 第3節 立法의 不作爲의 訴訟法上의 問題, 第4節 結論으로 구성되어 있다. 이 論文은 日本의 學說·判例를 중심으로 立法의 不作爲의 現在에 있어서의 問題點을 잘 整理하고 이를 검토하고 있다.

Ⅲ部는 憲法判斷의 法理를 다루고 있다. 1. 憲法判斷回避의 準則에 대해서는 東京大學의 高橋和之教授가 집필하였고, 2. 合憲性推定の 準則에 대해서는 帝京大學의 向井久了助教授가 집필하였고, 3. 立法事實論에 대해서는 江橋崇 法政大學教授가 담당하였고, 4. 立法裁量論에 대하여는 金澤大學의 野中俊彦 教授가 담당하였다.

Ⅳ部는 合憲性推定の 基準을 다루고 있다. 1. 二重의 基準論은 江橋崇 教授가 집필하였고 2. 合理性의 基準에 관하여는 九州大學의 橫田耕一教授가 담당하였고, 3. 「보다 制限의 이 아닌 다른 選擇할 수 있는 手段」의 基準에 대해서는 都留文科大學의 右崎正博教授가 집필하였고, 4. 明白하고 現存하는 危險에 관하여는 神戶大學의 浦部法穂教授가 담당하였고 5. 事前抑制의 理論에 관해서는 東京大學의 浜田純一助教授가 집필하였고, 6. 利益衡量論에 대해서는 山川洋一郎辯護士가 집필하였고, 7. 過度의 廣汎性의 理論 및 明確性의 理論에 대해서는 千葉大學의 藤井俊夫教授가 집필하고 있다.

Ⅴ部에서는 判決의 方式과 效力을 다루고 있다. 1. 法令違憲 適用違憲은 橫濱國立大學의 青柳幸一助教授가 집필하였고, 2. 宣言判決과 差止命令에 관해서는 喜田村洋一辯護士가 집필하였고, 3. 事情判決의 法理는 川端和治辯護士가 담당하였고, 4. 判決의 效力은 金澤大學의 野中俊彦교수가 집필하였고, 5. 先例拘束성과 憲法判例의 變更에 대해서는 法政大學의 高橋一修교수가 집필하였다.

Ⅵ部에서는 憲法訴訟과 司法의 方向에 관하여 다루고 있다. 1. 司法의 積極主義와 消極主義에 관해서는 青柳幸一助教授가 집필하였고, 2. 司法의 政策形成機能에 대해서는 戶松秀典教授가 담당하였고, 憲法判斷의 影響論에 대해서는 沖繩國際大學의 大林文敏教授가 집필하였고, 4. 裁判官의 行動分析은 慶應大學의 大澤秀介助教授가 집필하였다.

Ⅲ, Ⅳ, Ⅴ, Ⅵ部の 論文에 대해서도 紹介를 하고 論評을 하는 것이 原則이나 豫定된 紙面을 초과하였기 때문에 省略하기로 한다.

憲法訴訟에 관한 比較法的 研究는 많이 있으나 憲法訴訟의 全分野를 이처럼 포괄적으로 다룬 論文集은 이번이 처음이 아닌가 생각된다. 이 講座는 日本式司法審査制에 관한 百科辭典이라고도 할 수 있겠다. 憲法訴訟에 관한 問題를 30個의 데에마로 分類하여 다룰 수 있었던 日本學者들의 精力에 경탄하며 많은 參加者를 가질 수 있었던 日本學者層의 넓이에도 놀랄 뿐이다. 이러한 어려운 作業이 한 大學院세미나 出身者로써만 이루어졌다는 것도 놀라운 일이며 月例會등이 활발했음을 보고 느끼는 바가 크다.

또 이 共同研究에 대하여 科學研究費補助金을 2年間이나 支給한 日本文部省의 快舉도 學問振興을 위한 모범으로 길이 남을 것이다.

憲法裁判이 거의 無視되어온 韓國에서도 新憲法은 憲法裁判所를 두어 憲法訴訟을 담당케 하였다. 새로운 憲法裁判所法의 制定이나, 法院과 憲法裁判所의 憲法訴訟의 實際에 있어서 準據할만한 책이 별로 없는 우리나라에서 이 講座가 갖는 意義는 남다른바 크다고 하겠다.

學者뿐만 아니라 判事, 辯護士, 憲法裁判所關係者들에게 一讀을 권하는 바이다. 우리나라에서도 하루 빨리 이러한 講座가 나올 수 있게 하기 위하여서도 日本法學의 研究는 必須的인 것이라고 하겠다.